Die Grundschuld, deren zugrunde liegende Forderung nicht zur Entstehung gelangt ist.

(Sogenannte nicht valutierte Grundschuld.)

Inaugural-Dissertation

verfasst und der

Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Kgl. Bayer. Julius-Maximilians-Universität Würzburg

zur

Erlangung der Rechtswissenschaftlichen Doktorwürde

vorgelegt von

Ernst Reichenheim

Kammergerichtsreferendar aus Berlin.

Berlin

Juristische Verlagsbuchhandlung Dr. jur. Frensdorf

1913

Referent: Professor Dr. A. Mendelssohn-Bartholdy.

Literatur-Verzeichnis.

Abraham, Holdheims Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen. 1905.
Archiv für bürgerliches Recht, XIII. Jahrgang S. 269.
Biermann, Widerspruch und Vormerkung nach deutschem Grundbuchrecht, Jena 1901.
„ Das Sachenrecht des bürgerlichen Gesetzbuchs. 2. Auflage Berlin 1903.
Böhm, Recht 1901.
Bruck, Eigentümerhypothek. 1903.
du Chesne, Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern. 1905.
Collatz, Ungerechtfertigte Vermögensverschiebung. 1899.
Cosack, Gerber, System des deutschen Privatrechts auf der Grundlage des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich. Neu bearbeitet von Cosack, 17. Auflage. Jena 1895.
Deumer, Zentralblatt für freiw. Gerichtsbarkeit. X. Jahrgang Heft 11.
Dernburg, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts III, 4. Aufl. 08.
„ Preußisches Privatrecht 1879.
Eberhardt, Mecklenburgische Zeitschrift für Rechtspflege und Rechtswissenschaft. Band 18.
Eccius, Gruchot Band 51.
Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 8./9. Aufl. 1905.
Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts 1910.
Entscheidung des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Exner, Oesterreichisches Hypothekenrecht.
Fuchs, Grundbuchrecht.
„ Das Wesen der Dinglichkeit. Berlin 1889.
Gierke, Deutsches Privatrecht Band 2.
„ Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im deutschen Reich. Herausgegeben von Schmoller. Band 13.
Güthe, Deutsche Juristenzeitung 1906.
„ Grundbuchordnung 1911.
Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts. Herausgegeben von Dr. Küntzel, Dr. Eccius, und Predari.

Hachenburg, Beiträge zum Hypotheken- und Grundschuldrecht des Entwurfs eines BGB. Mannheim 1895.
„ Deutsche Juristenzeitung 1906.
„ Das Bürgerliche Gesetzbuch. Vorträge gehalten in den Jahren 1896/97. 2. Auflage Mannheim 1900.
Hirsch, Archiv für bürgerliches Recht, Band 20 S. 225.
„ Uebertragung der Rechtsausübung 1910.
Horn: Dr. Richard, Die Eigentümerhypothek. In Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts. Herausgegeben von Dr. Rudolf Leonhardt. Berlin 1906. 19. Heft.
Jaeckel-Güthe, Kommentar zum Zwangsversteigerungsgesetz. 4. Aufl. Berlin 1912.
Jaeckel, Gruchot Band 50, 56.
Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts.
Juristische Wochenschrift, Jahrgang 1901, 1906, 1911.
Jung, Bereicherungsanspruch und Mangel des rechtlichen Grundes. 1902.
Kindel, Betrachtungen über die Eigentümerhypothek, Festgabe der juristischen Gesellschaft zu Berlin 1903 für Richard Koch.
Kober, Staudinger, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch 7./8. Auflage.
Kommentar von Reichsgerichtsräten.
Kretzschmar, Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung. 1904.
„ Das Sachenrecht des BGB. Leipzig. 1906,
Kruhöffer, Die exceptio doli generalis im Recht der Schuldverhältnisse. Straßburg 1909.
Kuhlenbeck, von den Pandekten zum bürgerl. Gesetzbuch 1899.
Landsberg, Juristische Monatsschrift für Posen, West- und Ostpreußen, 1905.
Lange, die Eigentümerhypothek.
Mayr, von Der Bereicherungsanspruch des bürgerlichen Rechts 1903.
Maenner, Das Sachenrecht. 2. Aufl. München 1906.
Motive zum bürgerlichen Gesetzbuch Band 2, Band 3.
Nissen, Juristische Wochenschrift 1906.
Neumann, Juristische Wochenschrift 1906.
Oberneck, Grundbuchrecht II 4. Aufl. 1909.
„ Gruchot Beiträge Band 47.
Planck, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch III. 3. Aufl. 06.
Plessen, Grundlage d. modernen condictio. 1904.
Pfannmoeller, die nicht valutierte Grundschuld in der Zwangsversteigerung. Jenaer Dissertation, Berlin 1911.
Predari, Grundbuchordnung 1907.
Protokolle zum bürgerlichen Gesetzbuch.
Puntschart, der Grundschuldbegriff des deutschen Reichsrechts in Gesetz und Literatur. Graz 1900.

Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand. Hannover.
Reinhardt, Handausgabe des Zwangsversteigerungsgesetzes 3. Aufl. 1907.
„ Recht 1902.
Riezler, Staudinger, Kommentar zum bürgerl. Gesetzbuch. 7./8. Auflage.
Samter, Handbuch zur Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung 1904.
Schilde, Unrichtigkeit des Grundbuchs.
v. Schwind, Wesen und Inhalt des Pfandrechts. Jena 1899.
Schlossmann, zur Lehre von der causa obligatorischer Verträge.
Siehr, Die nicht valutierte Grundschuld. Jenaer Dissertation, Borna-Leipzig 1909.
Stieve, Der Gegenstand des Bereicherungsanspruchs nach dem bürgerlichen Gesetzbuch. Straßburg 1899.
Stillschweig, Juristische Wochenschrift 1912.
Stobbe-Lehmann, Handbuch des deutschen Privatrechts III 3. Auflage, Berlin 1898.
Strohal, Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerl. Rechts. Jena 1911. Band 59 Seite 149 f.
Trobitzsch, die analoge Anwendung der hypothekenrechtlichen Vorschriften auf die Grundschuld (1192) Leipziger Dissertation 1907.
Turnau-Foerster, Das Liegenschaftsrecht nach den deutschen Reichsgesetzen und den preußischen Ausführungsbestimmungen. Band 1. 3. Auflage Paderborn 1906.
Weidemann, deutsche Juristenzeitung 1906.
Wendt, Archiv für civilistische Praxis, Band 100 Seite 1.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts II 9. Auflage 1906.
Wolff, Sachenrecht 1910.
Zimmermann, Die nicht valutierte Grundschuld unter besonderer Berücksichtigung einer nach der Eintragung vollzogenen Grundstücksveräußerung. Würzburg, Dissertation Berlin 1911.

I. Abschnitt.

Die den Gegenstand der folgenden Erörterung bildende Frage ist vom Reichsgericht zum ersten Male in der Entscheidung vom 3. März 1905[1]) behandelt worden. Der zu entscheidende Sachverhalt war folgender:

Ein Grundstück war zur Zwangsversteigerung gelangt, das zugunsten einer landwirtschaftlichen Darlehnskasse mit einer Grundschuld belastet war, die nicht in das geringste Gebot fiel. Im Verteilungstermin erklärte die Kasse, daß sie einen Teil des Versteigerungserlöses nicht für sich in Anspruch nehme, weil sie auf diesen Teil eine Valuta auf die Grundschuld nicht hingegeben und insoweit auch keinen Anspruch auf Befriedigung habe. Daher entstand die Frage, ob auf den von der Grundschuldgläubigerin nicht liquidierten Betrag der Eigentümer des Grundstücks, der Subhastat[2]), oder die nachstehenden Realgläubiger Anspruch erheben konnten. Das Reichsgericht entschied den Fall damals dahin, daß die Grundschuld insoweit „ins Leere" falle und der Erlös daher den nachstehenden Realgläubigern zuzuteilen sei. Die Entscheidung ließ ausdrücklich dahingestellt, ob in jener Erklärung der Gläubigerin ein Verzicht zu erblicken sei. Dagegen wurde hervorgehoben, daß jedenfalls von einem Verzicht auf die Grundschuld keine Rede sein könne, da sie durch den Zuschlag erloschen (§§ 52, 91, ZVG.) und an ihre Stelle ein anders geartetes Recht getreten sei, nämlich das Recht des Gläubigers, Befriedigung aus dem Versteigerungserlös zu verlangen[3]).

---

[1]) R. G. Band 60, Seite 251 f.

[2]) der auch der Besteller der Grundschuld war.

[3]) Vergl. auch R. G. Band 55 Seite 260.

Ein Verzicht auf eine Grundschuld liege daher nicht vor, so daß die entsprechende Anwendung des § 1168 BGB., der von dem Verzicht auf die Hypothek handelt, auf Grund des § 1192 BGB. ausgeschlossen sei. Auch eine entsprechende Anwendung des § 1163 BGB., wonach für die Hypothek das Nichtentstehen der persönlichen Forderung zur Folge hat, daß die Hypothek dem Eigentümer zusteht, kommt schon nach dem Wortlaut des § 1192 nicht in Frage. Denn gemäß § 1192 fänden die Vorschriften über die Hypothek auf die Grundschuld nur insoweit entsprechende Anwendung, als sich nicht daraus ein anderes ergebe, daß die Grundschuld eine Forderung nicht voraussetze. Diese Entscheidung des Reichsgerichts hat wenig Beifall gefunden [4]). Ueberwiegend wurde in der Literatur der Standpunkt des Reichsgerichts verworfen und ausgesprochen, daß der Besteller der Grundschuld auf den frei werdenden Versteigerungserlös Anspruch habe.

In der neuen, oben erwähnten Entscheidung (Band 78 Seite 61 f) kommt das Reichsgericht zu einem völlig veränderten Standpunkt. Das Reichsgericht spricht hier positiv den Satz [5]) aus, daß die Inhaber der der Grundschuld im Range nachstehenden Rechte am Grundstück in keinem Fall den fraglichen Versteigerungserlös für sich in Anspruch nehmen könnten. In der Erklärung des Grundschuldgläubigers, er liquidiere für die Grundschuld nur einen Teilbetrag aus dem Versteigerungserlös, weil er hinsichtlich des weiteren Teiles Valuta nicht gezahlt habe, liege überhaupt keine rechtsgeschäftliche Erklärung, die auf eine Aenderung des aus der Grundschuld sich ergebenden Rechtes am Versteigerungserlös bezüglich des nicht liquidierten Teiles gerichtet sei. Es liege nichts weiter vor, als daß der Gläubiger nur einen Teilbetrag liquidiere und als Grund dafür, daß er nicht auch den anderen Teil liquidiere, angegeben habe, er habe auf diesen Teil keine Valuta gewährt. Eine rechtsgeschäftliche Erklärung, sei es nach der Richtung, daß der nicht liquidierte Teil des Rechtes am Versteigerungserlös auf einen

---

[4]) Zustimmend u. a. du Chesne in Bayr. Zeitschrift für Rechtspflege 1905 Seite 257 f. — Landsberg in Posener Monatsschrift 1905 Seite 78. — Abraham in Holdheims Monatsschrift 05 Seite 182.

[5]) Vergl. R. G. a. a. O. Seite 71.

anderen, insbesondere den Vollstreckungsschuldner — als früheren Eigentümer — übergehen solle, sei es mit dem Ziele, daß der Teil des Rechtes völlig aufgehoben werde, habe der Gläubiger nicht abgegeben. Demnach sei dieser Teil des Rechts am Erlös bestehen geblieben und auch hinsichtlich des Gläubigerrechts sei eine Aenderung nicht eingetreten. Vielmehr sei der bisherige Grundschuldgläubiger nach wie vor Gläubiger „des rechtsbeständigen Teiles des Rechts". Nehme er den Erlös nicht für sich in Anspruch, so sei er von dem Vollstreckungsgericht für den Gläubiger zu hinterlegen. Im übrigen läßt das Reichsgericht die Entscheidung aller sonstigen Zweifelsfragen ausdrücklich dahingestellt. Insbesondere bleibt unentschieden, wie sich die Rechtslage gestaltet, wenn der Gläubiger eine unzweifelhafte Verzichtserklärung abgibt. Das Reichsgericht weist zwar darauf hin[6]), daß das bürgerliche Gesetzbuch bei der Hypothek Verzicht des Gläubigers auf die Hypothek (§ 1168) und Aufhebung der Hypothek (§ 1183) unterscheidet, während es bei anderen Rechten an einem Grundstück nur die Aufhebung kennt[7]). Aber ausdrücklich bleibt dahingestellt, ob diese Unterscheidung auch für das Recht am Versteigerungserlös, das an die Stelle des durch den Zuschlag erloschenen hypothekarischen Rechtes (Hypothek, Grundschuld) getreten ist, zu gelten habe und ob überhaupt die §§ 1168, 1183 BGB. auf dieses Recht am Versteigerungserlös entsprechend zur Anwendung zu bringen seien; ob also in der Erklärung des Gläubigers, er verzichte auf das Recht am Versteigerungserlös ein Verzicht im Sinne des § 1168 mit der Wirkung des Überganges auf den Vollstreckungsschuldner zu finden sei oder eine Aufhebungserklärung im Sinne der §§ 875, 1183 BGB. mit der Wirkung des Erlöschens des Rechts[8]).

Alle diese Zweifelsfragen werden aber in der Praxis sofort auftauchen, wenn der Gläubiger eine unzweideutige Verzichtserklärung im Versteigerungstermin abgibt. Dieser Fall hat sich auch bereits ereignet. In dem Sachverhalt, der einem früheren Urteil

---

[6]) Vergl. R. G. a. a. O. Seite 69.

[7]) Vergl. § 875 BGB.

[8]) Wie beim Pfandrecht nach § 1255 BGB. die Aufgabeerklärung des Pfandgläubigers.

des Reichsgerichts vom 8. Juli 1903 zugrunde lag, handelte es sich unzweifelhaft um einen Verzicht [9]). Denn damals stand dem Gläubiger die Hypothek, die er gegen den Versteigerungserlös nicht liquidieren wollte, auch materiell zu. Er liquidierte sie nur deshalb nicht, weil gleichzeitig ein Grundstück in der Schweiz, das ihm für dieselbe Forderung verhaftet war, zur Versteigerung kommen sollte und er sich aus dem dort in Aussicht stehenden Versteigerungserlös bezahlt machen wollte. Aus diesem Grunde gab der Gläubiger das inländische Grundstück frei. Daß dies ein Verzicht war, darüber kann kein Zweifel bestehen. Das Reichsgericht sprach damals aus, daß eine Eigentümerhypothek nicht entstanden sei, weil der Verzicht nicht eine Hypothek, sondern ein anders geartetes Recht, nämlich das an ihre Stelle getretene Recht des Gläubigers, Befriedigung aus dem Versteigerungserlös zu verlangen, betroffen habe. Die entsprechende Anwendung des § 1168 Absatz 1 BGB. sei daher nicht angängig.

Der in der neuen Entscheidung des Reichsgerichts ausgesprochene Gedanke ist in der Literatur bereits mehrfach vertreten worden. Das Urteil erwähnt zwar die Ausführungen von Eccius [10]) nicht. Hier hat aber Eccius schon im Jahre 1907 den jetzt vom Reichsgericht aufgenommenen Gedanken entwickelt. Ebenso ist bei Enneccerus-Wolff [11]) ausgeführt, daß der Grundschuldgläubiger trotz seiner Erklärung immer noch der Berechtigte bleibe und die Rechte auf den Erlös übertragen könne, wem er wolle. Wenn er das nicht tue, so stehe er wie jeder andere Berechtigte, der in Annahmeverzug komme, da, so daß der Versteigerungsrichter das Geld zu hinterlegen habe [12]). Mit Recht aber weist Strohal darauf hin, daß bei diesen Versuchen, in jener Erklärung des Grundschuldgläubigers keinen Verzicht zu erblicken, die Erwägung mitspiele, daß man sich auf diese Weise der grund-

---

[9]) Vergl. Jaeckel, bei Gruchot Band 50 Seite 519.

[10]) in Gruchot, Band 51 Seite 162 f.

[11]) Vergl. Sachenrecht von Wolff S. 543.

[12]) Ähnlich führt Siehr: Dissertation aus: Der Grundschuldgläubiger wolle mit jener Erklärung keine Bestimmung über den frei bleibenden Teil treffen. Wolle er den Teil dem Besteller der Grundschuld zukommen lassen, so sei das nur ein unbeachtliches Motiv.

sätzlichen Erörterung der Frage, ob die Vorschrift des § 1168 BGB. auf den im Zwangsversteigerungsverfahren geleisteten Verzicht eines Gläubigers auf Befriedigung aus dem Erlös anzuwenden sei, entschlagen könne[13]). Und zutreffend führt Stillschweig[14]) aus, daß diese Entscheidung des Reichsgerichts die ganze Materie in ihrer Gestaltung zweifelhaft lasse, weshalb sie der Durcharbeitung durch Wissenschaft und Praxis in hohem Maße bedürfe. Er weist insbesondere die Beteiligten und ihre Anwälte auf die erheblichen Schwierigkeiten und Gefahren hin, die nach der neuen Entscheidung des Reichsgerichts in der Materie verborgen sind. Die bei Zugrundelegung der erwähnten reichsgerichtlichen Rechtsprechung sich ergebenden Schwierigkeiten und sich erhebenden Zweifel sollen zunächst erörtert werden.

---

[13]) Vergl. Strohal, in Jherings Jahrbüchern Band 59 Seite 189 Anm. 50; vergl. ferner Trobitzsch, a. a. O. S. 51.

[14]) in J. W. 1912 No. 14 Seite 713 f.

I. Teil.

Die dingliche Rechtslage vor der Zwangsversteigerung des Grundstücks.

a) Die Rechtslage vor dem Wechsel des Grundstückseigentümers.

Die Grundschuld als solche ist ohne Zweifel entstanden, auch wenn die Forderung, zu deren Sicherung sie bestellt ist, nicht zur Entstehung gelangt ist. Denn die Grundschuld ist durch Einigung und Eintragung in das Grundbuch nach Sachenrecht rechtswirksam begründet. Der Wegfall des Rechtsgrundes für ihre Bestellung vermag ihr den Bestand als dingliches Recht nicht zu entziehen[1]). Die dingliche Rechtslage kann mithin insoweit nicht zweifelhaft sein; nach der Ansicht des Reichsgerichts auch nicht nach der Richtung, wem die Grundschuld zusteht, dem Gläubiger oder dem Besteller (als Eigentümergrundschuld). Denn die entsprechende Anwendung des § 1163 BGB. wird verneint. Über die Richtigkeit dieser Rechtsansicht wird die spätere Abhandlung ausführlich handeln. Im folgenden wird sie zunächst zugrunde gelegt. Eine Unrichtigkeit des Grundbuchs liegt somit nicht vor. Nur persönliche Ansprüche des Grundschuldbestellers entstehen, weil durch die dingliche Rechtslage eine wirtschaftliche Unstimmigkeit zuungunsten des Bestellers eingetreten ist, die auch rechtlich nicht unberücksichtigt bleiben kann[2]). Der Ausnahmefall, daß der Bestellung der Grundschuld der Zweck eine Forderung zu sichern

---

[1]) Vergl. RG. a. a. O Seite 65 und in J. W. 1901 Seite 465 No. 17.
[2]) Vergl. auch BGB. Komm. v. RGR. Seite 1144.

nicht zugrunde liegt, kommt für diese Abhandlung nicht in Betracht. Er ist übrigens nur dann praktisch denkbar, wenn die Bestellung der Grundschuld sich als eine Schenkung darstellt[3]). Regelmäßig wird also der Gläubiger der Grundschuld, falls die Forderung überhaupt nicht oder nicht zum vollen Betrage zur Entstehung gelangt ist, auf Kosten des Bestellers um die Grundschuld ungerechtfertigt bereichert sein. Diese ungerechtfertigte Bereicherung des Gläubigers kann nur der Besteller geltend machen, nicht etwa auch die nachstehenden dinglich Berechtigten. Denn sie werden durch die Nichtvalutierung der Grundschuld nicht geschädigt, da sie ihre Rechte nur mit dem Range hinter allen formell bestehenden voreingetragenen Belastungen erworben haben. Daß aber der Grundschuldgläubiger dem Besteller gegenüber ungerechtfertigt bereichert ist, wird nicht in Abrede gestellt werden können. Denn durch das Wort „etwas" in § 812 BGB. will das Gesetz zum Ausdruck bringen, daß die Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung überall Anwendung finden, wo durch den Übergang aus dem Vermögen des einen in das Vermögen des anderen eine Verbesserung der Vermögenslage des anderen eingetreten ist. Und gerade bei dem das bürgerliche Gesetz beherrschenden Gegensatz von abstrakten und kausalen Rechtsgeschäften sind die Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung von besonderer Bedeutung. Denn nur so kann die Wirkung des abstrakten Rechtsgeschäfts, zu denen die dinglichen Verträge gehören, im Falle eines Mangels im Rechtsgrund beseitigt werden[4]).

Insoweit wird mithin die Rechtslage zu begründeten Zweifeln keinen Anlaß geben, aber schon die Frage, was der Besteller auf Grund der ungerechtfertigten Bereicherung des Grundschuldgläubigers verlangen kann, bietet m. E. Anlaß zu Zweifeln. Im allge-

---

[3]) Später kann allerdings die Grundschuld dem Gläubiger ohne die Forderung zustehen. Denn die Grundschuld kann ohne die Forderung abgetreten werden; ihre Abtretung hat nicht ohne weiteres auch den Übergang der Forderung zur Folge, da die Grundschuld nicht ein Nebenrecht im Sinne des § 401 BGB. ist.

[4]) Vergl. Motive 2 Seite 830 I. zu § 812. — Stieve: Der Gegenstand des Bereicherungsanspruches nach dem BGB. — Fuchs, Seite 654 und die bei Nissen, Seite 804 zitierten. Siehr, Seite 48.

meinen wird ohne weitere Begründung behauptet, der Besteller der Grundschuld könne von dem Gläubiger die Zustimmung zur Löschung, aber auch ihre Abtretung oder den Verzicht auf die Grundschuld verlangen. Daß der Besteller der Grundschuld von dem Gläubiger die Zustimmung zur Löschung fordern kann, erscheint nach dem Wortlaut des § 812 BGB. unbedenklich. Gerade damit aber ist dem Besteller in der Regel nicht gedient. Denn die Löschung der Grundschuld hat das Aufrücken der nachstehenden Realgläubiger zur Folge. Zweifelhaft aber erscheint schon die Richtigkeit der Behauptung, daß der Besteller die Abtretung der Grundschuld oder den Verzicht auf die Grundschuld von dem Gläubiger verlangen könne. Denn ist jemand dadurch ungerechtfertigt bereichert, daß ihm ein Recht an einer Sache bestellt worden ist, so muß es genügen, daß er die zur Wiederaufhebung des Rechts erforderlichen Handlungen vornimmt [5]). Der Einwand, daß dadurch eine eigentliche „Herausgabe des Geleisteten" im Sinne der §§ 812/818 BGB. nicht stattfindet, ist kaum stichhaltig. Ein besonderer Verpflichtungsgrund des Gläubigers, dazu mitzuwirken, daß für den Besteller eine Eigentümergrundschuld entstehe, ist von ihm nicht übernommen und aus den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung nicht überzeugend herzuleiten. Auch wenn man aber der herrschenden Meinung darin folgt, daß der Besteller die Abtretung der Grundschuld oder den Verzicht auf die Grundschuld von dem Gläubiger verlangen könne, so bleibt dies ein sehr problematischer Schutz des Grundschuldbestellers. Denn angenommen, der Grundschuldgläubiger ist in Konkurs geraten, so wird der Besteller der Grundschuld seinen Anspruch nur als Konkursgläubiger geltend machen können. Denn § 59 Ziffer 3 KO., nach welchen die Ansprüche aus einer rechtlosen Bereicherung der Masse Masseschulden sind, greift nicht Platz, weil die Masse schon vor der Konkurseröffnung aus dem Vermögen des Bestellers sine causa bereichert war. Freilich hat der Besteller der Grundschuld ein Mittel, dieses ihm ungünstige Ergebnis dadurch zu vermeiden, daß er auf Grund einer einstweiligen Verfügung eine

[5]) Vergl. RG. in J. W. 1903 Beilage Seite 8 f. — Oberlandesgericht Posen im „Recht" 1905 Seite 44.

Vormerkung [6]) zur Sicherung seines Anspruches auf Löschung, Abtretung oder Verzicht in das Grundbuch eintragen läßt. Denn dann kann er gemäß § 24 KO. auch von dem Konkursverwalter die Befriedigung seines durch die Vormerkung gesicherten Anspruches verlangen. Ferner wird allgemein gelehrt, daß der Besteller der Grundschuld der Klage des Gläubigers aus der Grundschuld mit der Einrede aus seinem Bereicherungsanspruch entgegentreten könne, die notwendig zur Abweisung der Klage führen müsse [7]). Aber hier ergeben sich wieder Zweifel und Streitfragen über die Rechtsnatur dieser Einrede und über ihre Tragweite [8]). Richtig ist zweifellos, daß der Besteller dem ursprünglichen Erwerber der Grundschuld gegenüber die sich aus der Nichtvalutierung ergebende Einrede der ungerechtfertigten Bereicherung geltend machen kann; denn sie ist dem persönlichen, schuldrechtlichen Verhältnis zwischen dem Besteller und Empfänger der Grundschuld unmittelbar entsprungen [9]). Und unzweifelhaft muß dann der Besteller im Wege der Widerklage die Zustimmung des Gläubigers zur Löschung der Grundschuld, nach der herrschenden Ansicht auch zum Verzicht und zur Abtretung verlangen können, wodurch sie dann gemäß §. 1168 Eigentümergrundschuld wird [10]).

---

[6]) Vergl. Staudinger-Kober Seite 915, Kretzschmar Seite 620, Maenner S. 367.

[7]) Vergl. BGB. Komm. v. RGR. zu § 1191 Seite 1142. Auch RG. Band 68 S. 102. Gruchot, Bd. 48 S. 937. Ferner Staudinger-Kober, II[4] b zu § 1192 Seite 976, und Staudinger-Kober, Seite 966 Anm. I[3] b § 1193.

[8]) Vergl. darüber weiter unten.

[9]) Vergl. Strohal, a. a. O. Seite 183, Oberneck, i/Gruchots Beiträge, Bd. 50 Seite 575 f. — Staudinger-Kober a. a. O. Seite 679.

[10]) Vergl. BGB. Komm. v. RGR. § 363 No. 4 c und Bemerkung I 3 b zu § 1191. Die Einrede versagt aber dann, wenn das Geleistete nach Maßgabe der §§ 814—815 nicht zurückgefordert werden kann.

b) die Rechtslage nach dem Wechsel des Grundstückseigentümers.

Größere, rechtliche Schwierigkeiten ergeben sich im Falle eines Wechsels des Eigentümers und einer Abtretung der Grundschuld durch den Gläubiger. Für den Fall der Veräußerung des Grundstücks wird im allgemeinen anerkannt, daß der Kondiktionsanspruch auf den Erwerber des Grundstücks nicht übergeht, sondern dem Besteller der Grundschuld ohne Rücksicht auf die Veräußerung des Grundstücks als ein ihm zustehender persönlicher Anspruch verbleibt[1]).

Nur wenn ein besonderer Abtretungsvertrag zwischen dem Erwerber des Grundstücks und dem Veräußerer — dem Besteller der Grundschuld — geschlossen ist, geht das Rückforderungsrecht auf den Erwerber des Grundstücks über. Im Innenverhältnis wird dies die Nichtanrechnung der bestehenden Grundschuldpost auf den Kaufpreis regelmäßig zur Folge haben. Liegt ein solcher besonderer Abtretungsvertrag nicht vor, dann ist der Besteller der Grundschuld darauf angewiesen, auf Abtretung der Grundschuld zu klagen. Denn es ist klar, daß notwendigerweise der Anspruch auf Löschung der Grundschuld wegfällt, und daß auch die Einrede der ungerechtfertigten Bereicherung nicht gegeben ist, wenn der Gläubiger den neuen Eigentümer auf Befriedigung aus dem Grundstück verklagt. Verlangt der Besteller der Grundschuld den Verzicht des Gläubigers, so würde die Grundschuld gemäß § 1168 BGB. nach der herrschenden Meinung dem zu dieser Zeit, d. h. zur Abgabe der

---

[1]) Vergl. BGB. Komm. v. RGR. Seite 1142; RG. in J. W. 1901 S. 464 No. 17. Eccius, bei Gruchot Band 51 Seite 162. — Fuchs, Anm. 18 zu § 1192. Staudinger-Kober, Seite 976.

Verzichtserklärung eingetragenen Eigentümer, nicht aber dem Besteller als dem früheren Eigentümer zufallen [2]).

Ein Streit, wie im Falle des § 1163 Absatz 1 darüber, ob das Gesetz unter „dem Eigentümer" lediglich den Besteller oder den jeweiligen Eigentümer versteht, besteht im Falle des § 1168 BGB. nicht [3]). Verzichtet der Gläubiger seinerseits auf die Grundschuld so ist er um die Grundschuld zwar nicht ungerechtfertigt bereichert, aber es wird behauptet [4]), daß er dann gemäß § 819 Absatz 1 BGB. gegenüber dem Besteller immer noch hafte. Nach dieser Vorschrift haftet der Empfänger einer ungerechtfertigten Bereicherung, wenn er den Mangel des Grundes bei dem rechtlichen Empfange kennt oder ihn später erfährt, so, wie wenn der Anspruch auf Herausgabe zur Zeit des Empfanges oder Erlangung der Kenntnis rechtshängig geworden wäre. Und gemäß § 817 Absatz 4 BGB. haftet der Empfänger vom Zeitpunkt der Rechtshängigkeit an nach den allgemeinen Vorschriften, d. h. nach Maßgabe der §§ 275, f. BGB. 263, 267, 281 ZPO.

Die Richtigkeit jener Rechtsansicht ist zweifelhaft; denn es ist nicht Schuld des Gläubigers, daß durch den Verzicht der neue Eigentümer des Grundstücks und nicht der Besteller die Grundschuld erwirbt. Nur in seltenen Fällen wird es ihm als Verschulden angerechnet werden können, daß er sich durch den Verzicht auf die Grundschuld außerstande gesetzt hat, seine Schuld aus der ungerechtfertigten Bereicherung durch Abtretung der Grundschuld an den Besteller zu lösen.

---

[2]) Vergl. BGB. Komm. v. RGR. Anm. 2 zu § 1168. — Eccius, bei Gruchot, Bd. 51 Seite 163 No. 2. Planck, Anm. 3a zu § 1168. Landsberg, in Jur. Monatsschr. für Posen, West- und Ostpreußen Seite 79.

[3]) Die herrschende Meinung versteht im Falle des § 1163 Abs. 1 Satz 1 unter „dem Eigentümer" denjenigen Eigentümer, der die Hypothek bestellt hat, weil maßgebend der Zeitpunkt der Begründung der Hypothek, nicht der vom Zufall abhängige Zeitpunkt der Entstehung der Forderung ist.

So mit Recht RG. Bd. 55 Seite 220. Ferner Planck S. 638 d. Jaeckel, Zbl. 6/7. S. 202; Kretzschmar, Zbl. 7. Sept. 03 S. 195 f.; Fuchs, S. 526; Oberneck, Grundbuchrecht II S. 42; Anderer Meinung: Reinhardt, im Recht 1902 S. 32. Böhm, im Recht 1901 S. 194.

[4]) Jaeckel, i/Gruchot Bd. 51 S. 163. Zimmermann, a. a. O. Seite 24.

c) Die Rechtslage nach Abtretung der Grundschuld.

Noch schwieriger gestaltet sich die Rechtslage, wenn der Grundschuldgläubiger die Grundschuld abgetreten hat. Hier entsteht die Frage, ob der Besteller auch gegen den Erwerber der Grundschuld einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung hat und eine Einrede gegenüber der dinglichen Klage des Erwerbers.

Daß die condictio und die Einrede gegen den gutgläubigen Erwerber — abgesehen von dem Fall, daß der Gläubiger die Grundschuld dem neuen Gläubiger unentgeltlich zugewendet hat[1]), oder von dem Fall, daß der Anspruch auf Aufhebung der Grundschuld bereits durch Vormerkung gesichert war — versagt, ist allgemein anerkannt[2]). Es wird aber auch die Ansicht vertreten, daß die Klage und die Einrede gegenüber dem dritten Erwerber der Grundschuld — abgesehen von den oben erwähnten Ausnahmefällen — selbst dann nicht gegeben ist, wenn der dritte Erwerber der Grundschuld Kenntnis von dem Fehlen des Rechtsgrundes bei dem Erwerbe gehabt hat[3]). Gemäß § 1157 BGB. kann bei der Hypothek eine Einrede, die dem Eigentümer auf Grund eines zwischen ihm und dem bisherigen Gläubiger bestehenden Rechtsverhältnisses gegen die Hypothek zusteht, auch dem neuen Gläubiger entgegengesetzt werden, wenn die Einredetatsachen dem neuen Gläubiger zur Zeit des Erwerbes der Hypothek bekannt waren,

---

[1]) Vergl. § 822 BGB.

[2]) Staudinger-Kober, Seite 976 Anm. 2 4b.

[3]) Vergl. RG. Band 68 Seite 102, Gruchot, Band 48 Seite 947. J. W. 1901 Seite 465. BGB. Komm. v. RGR. Seite 1142 Anm. 1 zu § 1191.

oder aus dem Grundbuch oder dem Hypothekenbrief hervorgehen oder endlich, wenn ein Widerspruch in dem Grundbuch oder auf dem Brief vermerkt war. Aber die Anwendung des § 1157 BGB. gemäß § 1192 BGB. auf die Grundschuld gegenüber der dinglichen Klage des dritten Erwerbers ist ausgeschlossen, wenn der Anspruch und die daraus sich ergebende Einrede auf das persönliche, schuldrechtliche Verhältnis zwischen dem Besteller und dem Empfänger der Grundschuld beschränkt ist. Auf die Einreden aus dem Rechtsverhältnis zwischen dem persönlichen Schuldner und dem bisherigen Gläubiger bezieht sich § 1157 nicht; er hat nur die schuldrechtlichen Beziehungen zwischen dem Eigentümer „als solchem" und dem bisherigen Gläubiger im Auge. Diese Rechtsansicht bezeichnet Strohal[4]) als verfehlt. Das Einrederecht des Eigentümers und Grundschuldbestellers gegen den Anspruch aus der Grundschuld beruhe auf einem zwischen dem Gläubiger und dem Eigentümer bestehenden Rechtsverhältnis. Mit Unrecht spreche man dieser Einrede den Charakter einer Einrede im Sinne des § 1157 ab, weil der Eigentümer lediglich das Nichtentstandensein der Darlehnsforderung des Gläubigers, d. i. einen nach § 1191 BGB. für den Rechtsbestand der Grundschuld grundsätzlich gleichgültigen Umstand geltend mache. Entscheidend sei allein, daß nach Maßgabe des zwischen dem Eigentümer, der die Grundschuld bestellt habe und dem Grundschuldgläubiger bestehenden Rechtsverhältnisses der Anspruch des Gläubigers mit Erfolg nur dann solle geltend gemacht werden können, wenn die in Aussicht genommene Valutierung erfolgt sei, daß endlich der Anspruch vom Eigentümer endgültig abgewehrt werden könne, sobald sich die Erwartung auf die in Aussicht genommene Valutierung endgültig als vergeblich herausgestellt habe. Strohal löst denn auch das ganze Problem der nicht valutierten Grundschuld mit der hypothekenrechtlichen Analogie der §§ 1157, 1169 BGB. Nach ihm hat gegenüber dem ipso jure begründeten Grundschuldanspruch der Eigentümer als Besteller der Grundschuld eine nach § 1157 BGB. zu beurteilende Einrede, die zu einer peremtorischen Einrede im Sinne des § 1169 werde, sobald die Va-

[4]) a. a. O. Seite 194.

lutierung praktisch nicht mehr in Frage komme. Der der Vorschrift des § 1169 zugrunde liegende Rechtsgedanke sei aber der, daß das Recht des Gläubigers auf Befriedigung aus dem Grundstück nicht nur ipso jure sondern auch ope exceptionis wegfallen könne. Komme die Forderung des hypothekarisch gesicherten Gläubigers nicht zur Entstehung oder erlösche sie, so gehe die Hypothek von rechtswegen auf den Eigentümer über. Stehe dem Eigentümer dagegen nur eine peremtorische Einrede zu, so soll ihm auf einem kleinen Umwege derselbe Erfolg dadurch vermittelt werden, daß er kraft seiner Einrede zwar nicht schon die Hypothek selbst erlange, dafür aber doch eine dinglich gesicherte Anwartschaft auf sie, aus der ihm, sobald der Gläubiger den ihm obliegenden Verzicht geleistet habe und dessen Buchung erfolgt sei, der Erwerb der Hypothek selbst erwachse. Strohal[5]) weist darauf hin, daß der von mehreren Reichsgerichtsräten herausgegebene Kommentar sich auf einen anderen Standpunkt stelle, indem er jener Einrede den Charakter einer Einrede im Sinne des § 1157 BGB abspreche. Der erwähnte Kommentar enthält einen Widerspruch. In der Erläuterung 1 zu § 1191 BGB. wird klar gesagt, daß § 1157 (mit § 1192) auf die dingliche Klage des dritten Erwerbers hinsichtlich der Einrede aus der Forderung aus den oben angegebenen Gründen ausgeschlossen sei, und daß diese auch von einem dritten Erwerber, der Kenntnis von dem Fehlen des Rechtsgrundes beim Erwerb der Grundschuld gehabt hat, nicht entgegengesetzt werden könne. Im Widerspruch hiermit stehen jedoch die Ausführungen der Note 2 zu § 1167, wo es heißt:

> Auch auf Grundschulden findet die Vorschrift gemäß § 1192 Anwendung. Hier ist diese auch von besonderer Bedeutung, weil die Grundschuld nicht von einer Forderung abhängig ist und die dem Eigentümer gegen die Hypothek nach § 1137 zustehenden Einreden des persönlichen Schuldners gegen die zugrunde liegende Forderung für die Grundschuld nicht in Betracht kommen.

Dabei wird ausdrücklich hingewiesen auf die Entscheidung des Reichsgerichts vom 4. April 1908 in Warneyers Jahrbuch

---

[5]) Vergl. Strohal, a. a. O. Seite 194 No. 2.

der Entscheidungen, Ergänzungsband [6]). Hier führt das Reichsgericht gerade in Uebereinstimmung mit Strohal und unter Hinweis auf die Denkschrift zur Reichstagsvorlage Seite 221 aus, daß zu den Einreden, die dem Eigentümer auf Grund eines zwischen ihm und dem ursprünglichen Gläubiger einer Grundschuld bestehenden Rechtsverhältnisses gegen die Geltendmachung der Grundschuld vor der Übertragung an den Sonderrechtsnachfolger zusteht, auch die Einrede gehöre, daß wegen Nichtbestehens der Forderung, zu deren Deckung die Grundschuld vom Eigentümer hingegeben wurde, der Empfänger zur Rückübertragung der Grundschuld verpflichtet sei. Denn die Einrede gründe sich auf das die Deckung der Forderung durch die Grundschuld betreffende Rechtsverhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Empfänger der Grundschuld und diese würde, falls sie in tatsächlicher Hinsicht begründet sei, die Klage des Empfängers aus der Grundschuld ausschließen. Habe daher der Sonderrechtsnachfolger von der eine solche Einrede begründenden Tatsache, insbesondere von dem Nichtbestehen der Forderung beim Erwerb der Grundschuld Kenntnis gehabt, so könne auch seiner Klage aus der Grundschuld die Einrede mit Erfolg entgegengesetzt werden [7]).

Ist diese Entscheidung des Reichsgerichts richtig, so würde sich daraus auch die Richtigkeit der Lösung des Problems der nicht valutierten Grundschuld durch Strohal ergeben. —

Die Entscheidung des Reichsgerichts ist jedoch nur in ihrem Ergebnis richtig, in ihrer Begründung unzutreffend. Zunächst ist es klar, daß § 1157 BGB. die Einrede, daß die Forderung nicht entstanden sei, nicht betrifft. Denn diese betrifft das Schuldverhältnis zwischen dem persönlichen Schuldner und dem bisherigen Gläubiger. Von ihr handelt nicht § 1157 BGB., sondern § 1137. § 1157 hat nur die schuldrechtlichen Beziehungen zwischen dem Eigentümer als solchen — abgesehen davon, daß er zufällig auch persönlicher Schuldner ist — und dem bisherigen Gläubiger im Auge. Hier kommt z. B. die Einrede der Stundung oder des Er-

---

[6]) Band 1908 Heft 6, Seite 342 f. und 454.

[7]) Ebenso Planck Anm. 5 zu § 1192 BGB. Fuchs: Grundbuchrecht Anm. 15 zu § 1192. Predari: Grundbuchordnung S. 220, 300.

lasses oder die Einrede, daß die Zwangsvollstreckung in das Grundstück erst nach fruchtloser Zwangsvollstreckung gegen den persönlichen Schuldner zulässig sein solle, in Betracht. Die Einrede der ungerechtfertigten Bereicherung kann nicht eine Einrede sein, die dem Eigentümer als solchen gegen den ursprünglichen Gläubiger zusteht. Sie hat ihren Grund lediglich in dem zugrunde liegenden persönlichen Schuldverhältnis. Für die Hypothek ist es überhaupt klar, daß § 1157 sich auf diese Einrede nicht bezieht. Daraus aber folgt schon zur Genüge, daß die analoge Anwendung des § 1157 auf Grund des § 1192 BGB. auf diesen Fall verfehlt sein muß. Dieselben Gründe schließen die analoge Anwendung des § 1169 BGB. aus; denn es ist klar, daß die Einrede des Nichtentstandenseins der Forderung bei der Hypothek nicht zu den Einreden gehört, durch welche die Geltendmachung der Hypothek dauernd ausgeschlossen wird, auf Grund deren der Eigentümer verlangen kann, daß der Gläubiger auf die Hypothek verzichtet. Hat doch in diesem Falle der Gläubiger die Hypothek überhaupt nicht erworben, weil sie lediglich gemäß § 1163 Absatz 1 als Eigentümergrundschuld zur Entstehung gelangt ist. Gleichwohl ist jene Entscheidung des Reichsgerichts im Resultat richtig. Wenn nämlich der von dem Sonderrechtsnachfolger des Grundschuldgläubigers verklagte Eigentümer einwendet, dem Kläger sei bei Erwerb der Grundschuld bekannt gewesen, daß die hier zugrunde liegende Forderung nicht zur Entstehung gelangt war, so erhebt er damit die exceptio doli generalis. Er macht geltend, daß der Kläger wider Treu und Glauben verstoße, wenn er ein Recht geltend mache, von dem ihm bei dem Erwerb des Rechtes bekannt war, daß es dem Veräußerer materiell nicht zustand. Daß die exceptio doli generalis, obwohl sie ausdrückliche Aufnahme im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht gefunden hat, gleichwohl fortgesetzte Geltung hat, ergibt sich aus dem Zusammenhange der §§ 1157, 242, 826 BGB. und ist in der Literatur und Rechtsprechung fast allgemein anerkannt[8]). Das Ergebnis ist also, daß die dingliche Klage des dritten Erwerbers

---

[8]) Vergl. RG. Band 71 Seite 435, Wendt: im Archiv für Civilistische Praxis Band 100 Seite 1 f. — Kruhöffer, die exceptio doli generalis im Recht der Schuldverhältnisse. — Staudinger-Riezler Anm. 7 § 157.

der Grundschuld, wenn er bösgläubig war, wegen der dem Beklagten erwachsenen exceptio doli generalis abgewiesen werden muß, daß aber die entsprechende Anwendung des § 1157 auf Grund des § 1192 BGB. nach richtiger Ansicht ausgeschlossen erscheint [9]).

Ist dies richtig, so ist auch der von Strohal in scharfsinnigen Ausführungen gemachte Versuch, das Problem der nicht valutierten Grundschuld mit dem Hinweis auf die §§ 1157, 1169 (1192) BGB., zu lösen, abzulehnen.

---

[9]) Mit dem Streit um die Rechtsnatur der Einrede hängt auch die weitere Frage zusammen, ob hier ein Fall vorliegt, wo die Eintragung des Widerspruches und einer Vormerkung in das Grundbuch in Frage kommt. Der Anspruch des Eigentümers auf Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung (der Grundschuld) kann ohne Zweifel durch eine Vormerkung gesichert werden. Ist die Einrede aber eine Einrede im Sinne des § 1157 BGB., auf die die Vorschriften der §§ 892, 894—99 Anwendung finden, so könnte zum Schutz des Anspruches auch ein Widerspruch in das Grundbuch eingetragen werden. — (Vergl. Biermann: Widerspruch und Vormerkung, Jena 1901, Seite 141. Deumer: im Centralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit, (Jahrgg. Heft 11 S. 182/83). Daß hier eine solche Konkurrenz zwischen Vormerkung und Widerspruch überhaupt nicht in Frage kommt, ergibt sich schon aus den oben dargelegten Gründen, nach denen die Einrede den Charakter einer Einrede im Sinne des § 1157 BGB. nicht haben kann.

II. Teil.

Die nicht valutierte Grundschuld in der Zwangsversteigerung.

a) Die Zwangsversteigerung ist auf Antrag eines dem Grundschuldgläubiger nachstehenden dinglich Berechtigten angeordnet, so daß die Grundschuld in das geringste Gebot fällt.

Die Darstellung wendet sich nunmehr dem Schicksal der nicht valutierten Grundschuld zu, wenn über das Grundstück das Zwangsversteigerungsverfahren eröffnet wird. Dabei ist in erster Linie zu unterscheiden, ob das Zwangsversteigerungsverfahren auf Antrag eines dem Grundschuldgläubiger nachstehenden oder vorgehenden Berechtigten angeordnet ist. Im ersteren Falle wird die Grundschuld in das geringste Gebot aufgenommen und bleibt gemäß den §§ 44, 52 des Zwangsversteigerungsgesetzes bestehen. Die Tatsache ihrer Nichtvalutierung wird nicht berücksichtigt. Sie wird vielmehr wie jede andere Last behandelt, die bestehen bleibt und vom Ersteher übernommen werden muß. In diesem Falle treten dieselben oben bereits dargelegten Folgen ein wie bei einer freiwilligen Veräußerung. Der Besteller ist also darauf angewiesen, von dem Gläubiger die Abtretung der Grundschuld zu verlangen. Erklärt der Gläubiger schon bei der Feststellung des geringsten Gebotes, er habe auf die Grundschuld oder auf einen Teil Valuta nicht gezahlt, so muß diese formlose Erklärung rechtlich bedeutungslos sein, denn der dingliche Bestand des Rechts kann durch diese Erklärung nicht berührt werden. Dieses kann nur dadurch geschehen, daß der Gläubiger gemäß § 1168 Absatz 2 BGB. dem Grundbuchamt

oder dem Eigentümer gegenüber auf die Grundschuld verzichtet und der Verzicht in das Grundbuch eingetragen wird. Auch kann die Grundschuld durch die eine beiderseitige Zustimmung erfordernde Löschung im Grundbuch (§§ 875, 1183 BGB.) zum Untergang gebracht werden. Ferner ist selbstverständlich der Gläubiger immer noch in der Lage, die Grundschuld dem Besteller abzutreten. Wegen der Formvorschrift des § 1168 Absatz 2 BGB. ist es mithin ausgeschlossen, der Erklärung des Gläubigers, er habe für die Grundschuld ganz oder zum Teil keine Valuta gezahlt, hier die Wirkung eines Verzichts auf die Grundschuld zuzusprechen. Erklärt der Gläubiger jedoch erst später im Verteilungsverfahren — also nicht schon bei der Feststellung des geringsten Gebots — daß die Grundschuld nicht oder nur zum Teil mit Valuta belegt sei, so wurde diese Erklärung auf Grund der früheren Rechtsprechung des Reichsgerichts nunmehr von den Vollstreckungsgerichten in der Praxis beachtet. Dies behauptet wenigstens Stillschweig in J. W. 1912 Seite 713 f. Nach Stillschweig ist von den Vollstreckungsgerichten dann der § 50 des Zwangsversteigerungsgesetzes in Verbindung mit den § 125—128 angewendet worden, so daß ein Aufrücken der Realgläubiger stattgefunden habe, die bei Berücksichtigung des nichtvalutierten Teiles nicht zur Hebung gekommen wären. Für diese sei nach Maßgabe der Gesetzesbestimmungen eine Sicherungshypothek in entsprechender Höhe eingetragen worden. Diese Sicherungshypothek sei meist unter der Bedingung eingetragen worden, daß die Grundschuld in Höhe eines bestimmten Teiles nicht zur Entstehung gelangt sei. (§ 125 Absatz 2 des ZVG.). Die Bedeutung dieser Bedingung lag nach Ansicht Stillschweigs einmal auf tatsächlichem Gebiet wegen der Möglichkeit der Uneinigkeit zwischen dem Gläubiger und Schuldner über die Höhe der gezahlten Valuta, andrerseits aber auch auf rechtlichem. Denn dadurch sei die Übertragung eines dem nicht valutierten Teile entsprechenden Betrages auf den nächsten Realgläubiger davon abhängig gemacht, daß die vom Reichsgericht entwickelten Grundsätze wirklich zutreffend waren, worüber die Interessenten im Prozesse hätten streiten können.

Ich vermag die Richtigkeit der Darstellung Stillschweigs, daß in der Praxis auf Grund der früheren Rechtsprechung des

Reichsgerichts derartig verfahren worden ist, nicht nachzuprüfen. M. E. wäre dieses Verfahren aber unrichtig gewesen, denn die entsprechende Anwendung des § 50 Absatz 1 des Zwangsversteigerungsgesetzes und der §§ 125—128 konnte auch bei Zugrundelegung der früheren Rechtsprechung des Reichsgerichts im vorliegenden Falle nicht in Frage kommen. § 50 ZVG. hat den Fall im Auge, wo eine Hypothek, Grund- oder Rentenschuld, die im geringsten Gebot steht, nicht besteht, und will vermeiden, daß durch dieses Nichtbestehen des vom Ersteher übernommenen Rechtes der Ersteher des Grundstücks einen durch nichts gerechtfertigten Vermögensvorteil zum Schaden der übrigen Realgläubiger erhält. Er hat aber nur die Fälle im Auge, wo die Hypothek, Grund- oder Rentenschuld — also das dingliche Recht — nicht besteht, weil es entweder nicht entstanden oder wieder erloschen ist. Hierher gehören also nur die Fälle, wo die dem dinglichen Recht zugrunde liegende Einigung nichtig oder anfechtbar und angefochten ist [1]). Von einem Nichtbestehen in diesem Sinne kann bei der nicht valutierten Grundschuld keine Rede sein und auch eine analoge Anwendung des § 50 ist aus diesem Grunde ausgeschlossen. Aber selbst wenn § 50 an sich in Frage käme, so hätte das Nichtbestehen des Rechts schon im Versteigerungstermin berücksichtigt werden müssen, wenn es in beweissicherer Weise hervorgetreten ist. Es wäre dann schon bei der Festsetzung des geringsten Gebotes nicht zu berücksichtigen gewesen. Allerdings wird das Erfordernis, daß in beweissicherer Weise das Nichtbestehen des Rechts feststeht, nur als vorhanden angesehen werden können, wenn die zur Löschung erforderlichen Urkunden vorgelegt werden [2]). Auch nach der früheren Rechtsprechung des Reichsgerichts wird der Vollstreckungsrichter selbst im Verteilungstermin eine derartige Erklärung des Gläubigers völlig unbeachtet zu lassen

[1]) z. B. der Besteller war z. Zt. der Bestellung des dinglichen Rechts geisteskrank oder die Bestellung wurde von dem Gläubiger durch Zwang oder arglistige Täuschung herbeigeführt. Vergl. RG. Band 60 Seite 246, Band 70 Seite 353. Güthe-Jaeckel a. a. O. Seite 217 II 1 a zu § 50/51. Vergl. ferner die Beispiele unter I b zu § 45 bei Güthe-Jaeckel.

[2]) Vergl. Güthe-Jaeckel Anm. II 1 a Seite 218 und Anmerkung 2 b zu § 45 Seite 196/97.

haben. Daß nach der neueren Rechtsprechung des Reichsgerichts das Vollstreckungsgericht der im Verteilungstermin abgegebenen Erklärung des Gläubigers, der in das geringste Gebot fallenden Grundschuld keine Beachtung schenken darf, kann nicht zweifelhaft sein. Denn eine Uebertragung auf die zunächst ausfallenden Realgläubiger kommt nicht mehr in Frage. — Zwar meint Stillschweig, daß es sehr vorsichtig von dem Vollstreckungsgericht gehandelt sein würde, trotzdem eine Übertragung auf den ausfallenden Gläubiger unter der Bedingung vorzunehmen, daß der in Rede stehende Teil der Grundschuld nicht zur Entstehung gelangt sei, mit anderen Worten, daß die reichsgerichtliche Rechtsprechung sich als unzutreffend erweise. Es liegt aber auf der Hand, daß nach der jetzigen Rechtsprechung des Reichsgerichts ein derartiges m. E. schon früher unrichtiges Verfahren überhaupt nicht in Frage kommt. Liegt die Grundschuld im geringsten Gebot, so ist jene Erklärung des Grundschuldgläubigers für das Vollstreckungsgericht bedeutungslos, mag sie schon bei der Feststellung des geringsten Gebotes oder erst später im Verteilungstermin abgegeben sein, wobei es gleichgültig ist, ob man die frühere oder die jetzige Rechtsprechung des Reichsgerichts zugrunde legt.

b) Die Zwangsversteigerung ist auf Antrag eines dem Gläubiger vorgehenden Berechtigten angeordnet, so daß die nicht valutierte Grundschuld bei der Feststellung des geringsten Gebotes unberücksichtigt bleibt.

Anders gestaltet sich jedoch die Rechtslage, wenn die Zwangsversteigerung auf Antrag eines dem Grundschuldgläubiger vorgehenden Berechtigten (§ 10 des ZVG.) angeordnet ist, so daß die Grundschuld bei der Feststellung des geringsten Gebotes unberücksichtigt bleibt. Hier ergeben sich vier Möglichkeiten:

1. Das Ergebnis der Zwangsversteigerung ist so ungünstig, daß der Grundschuldgläubiger überhaupt nicht zur Hebung gelangt, die Grundschuld mithin ausfällt und im Grundbuch gelöscht werden muß. In diesem Falle sind selbstverständlich auch alle Ansprüche des Bestellers gegen den Gläubiger hinfällig geworden, denn er ist nicht mehr ungerechtfertigt bereichert und die Bereicherung ist ohne sein Verschulden untergegangen. Eine Haftung aus diesem Grunde gemäß §§ 818/819, 275 f. BGB. kommt daher nicht mehr in Frage.

2. Die zweite Möglichkeit ist die, daß der Grundschuldgläubiger zur Hebung kommt, aber trotz der Nichtvalutierung der Grundschuld den Betrag liquidiert, also für sich in Anspruch nimmt. Wird im Verteilungstermin kein Widerspruch gegen das Liquidat erhoben, so hat der Versteigerungsrichter den Betrag dem Gläubiger auszuzahlen. Der Gläubiger ist nunmehr dem Besteller gegenüber zwar nicht mehr um die Grundschuld, wohl aber um den Erlös aus der Grundschuld ungerechtfertigt bereichert. Denn an die Stelle des dinglichen Rechts ist zunächst das Recht des

Gläubigers getreten, Befriedigung aus dem Erlös zu verlangen. Dieser Erlös ist nunmehr als Surrogat des dinglichen Rechts Gegenstand der ungerechtfertigten Bereicherung. (§§ 51, 92 ZVG.) Eines Eingehens auf die Streitfrage nach der Bedeutung dieses dem Zwangsversteigerungsgesetz zugrunde liegenden Surrogationsprinzips bedarf es hier nicht[1]). Wird jedoch im Verteilungstermin dem Liquidat des Gläubigers widersprochen, so hat der Versteigerungsrichter zunächst zu prüfen, ob der Widersprechende zu dem Widerspruch legitimiert ist. Ist nämlich der Subhastat nicht der Besteller der Grundschuld, so gehört er an sich nicht zu den Beteiligten im Sinne des § 9 des Zwangsversteigerungsgesetzes und ist auch zur Erhebung eines Widerspruches an sich nicht legitimiert. Indessen kann er es auch jetzt noch dadurch werden, daß er seine angebliche Berechtigung anmeldet und auf Verlangen glaubhaft macht[2]). Auch die Voraussetzung, daß er ein Recht auf Befriedigung aus dem Erlöse habe[3]), ist schon dann gegeben, wenn die Beziehungen zu dem Gegner nur durch ein persönliches Recht geschaffen werden, aus dem folgt, daß der Gegner dem Widersprechenden gegenüber verpflichtet ist, den auf das angefochtene Recht entfallenden Erlös dem Widersprechenden zu überlassen[4]). Ist der Subhastat aber der Besteller der Grundschuld gewesen, so ist er zweifellos zum Widerspruch berechtigt.

Im Falle eines Widerspruches seitens eines Beteiligten gegen das Liquidat des Gläubigers finden die Vorschriften der §§ 876—82 ZPO. entsprechende Anwendung, sodaß die Beteiligten sich im Prozeßwege auseinander zu setzen haben. Dadurch wird die Erledigung des Teilungsplanes aufgehalten. Das Vollstreckungsgericht hat eine Eventualverteilung vorzunehmen, in der festzustellen ist, wem der fragliche Betrag für den Fall, daß der Widerspruch begründet ist, zuzuteilen ist.

3. Die dritte Möglichkeit ist die, daß der Gläubiger im Verteilungstermin die Erklärung abgibt, er liquidiere den auf ihn ent-

---

[1]) Vergl. darüber weiter oben Seite 32 f.

[2]) Vergl. Jaeckel-Güthe Anm. 5, 9 und 10 zu § 9 des ZVG.

[3]) Vergl. Reichsgericht Band 71 Seite 424.

[4]) Vergl. RG. in J. W. 1902 S. 170 und in J. W. 1906 S. 29, Bd. 65 S. 64 f. Gruchots Beiträge Bd. 55 S. 675, J. W. 1901 Seite 160.

fallenden Erlös nicht, insoweit er keine Valuta gezahlt habe. — Nach der früheren Rechtsprechung des Reichsgerichts wurde durch diese Erklärung der Versteigerungserlös für die übrigen an ihm berechtigten Gläubiger frei, weil die Grundschuld insoweit ins Leere fiele. Bei dieser Erklärung des Gläubigers gestaltete sich das Verfahren des Vollstreckungsgerichts sehr einfach, denn der Betrag war dem nächsten am Erlös Berechtigten zuzusprechen, da ja lediglich ein Aufrücken der Realgläubiger erfolgte.

In der Literatur wird diese Erklärung des Grundschuldgläubigers verschieden ausgelegt. Nissen[5]) konstruiert die Erklärung als einen Abtretungsvertrag zwischen dem Gläubiger und dem Eigentümer, wenn im Verteilungstermin der Besteller der Grundschuld im Beisein und ohne Widerspruch des Gläubigers den von diesem nicht liquidierten Teil der Grundschuld beansprucht.

Der Gläubiger erkläre, er wolle den nicht valutierten Betrag der Grundschuld nicht aus der Masse entnehmen; der Eigentümer, daß er diesen Betrag verlange. Durch Unterlassen des Widerspruchs trete der Gläubiger dem Verlangen des Eigentümers (Bestellers der Grundschuld) bei und erkläre seinerseits, der Besteller solle den Betrag in Empfang nehmen dürfen. Diese Erklärung des Gläubigers habe der Eigentümer im Voraus dadurch akzeptiert, daß er den Betrag gefordert habe. Damit aber vollziehe sich ein Vertrag im Sinne des § 398 BGB., gerichtet auf die Übereignung des Anspruchs, den der Gläubiger bis dahin auf den fraglichen Betrag des Erlöses besessen habe, an den Eigentümer.

Eine Konfusion von Anspruch und Verpflichtung in der Person des Zessionars trete aber deshalb nicht ein, weil der Anspruch auf den Erlös mit der ihm zugrunde liegenden, durch den Zuschlag erloschenen Grundschuld identisch sei und ebenso wie diese durch die Übereignung an den Eigentümer nicht untergehe.

Die auf diese Weise hergestellte Beziehung der beiden Rechtsakte zu einander, der Beschränkung des Liquidats von seiten des Gläubigers einerseits zu der vom Gläubiger unwidersprochenen Forderung des Überschusses seitens des Eigentümers anderseits und die Verbindung beider Rechtsakte zu einem einheitlichen Ab-

[5]) in J. W. Seite 804 1906.

kommen, einem Abtretungsvertrage, werde durch die Erwägung gestützt, daß der Gläubiger die Verpflichtung gehabt habe, die Abtretung vorzunehmen.

Mit Recht weist Zimmermann[6]) darauf hin, daß das Zustandekommen eines Vertrages im Sinne Nissens dann nicht gerechtfertigt werden kann, wenn mehrere, nämlich der Besteller, der Eigentümer und der Nachhypothekar Anspruch auf den freiwerdenden Betrag erheben. Der Grundschuldberechtigte schweige dann zu allen drei Offerten und unmöglich könne dem Grundschuldgläubiger überlassen bleiben, sich den Vertragskontrahenten auszusuchen.

Schon diese Erwägung rechtfertigt eine Ablehnung der überaus gekünstelten Nissen'schen Konstruktion, die auch sonst juristisch nicht einwandfrei ist.

Weidemann[7]) erblickt in der Erklärung der Nichtliquidation einen stillschweigenden Verzicht zugunsten des Bestellers und löst die Frage unter Hinweis auf die Analogie mit den fiduciarischen Rechtsgeschäften. — In der Regel sei nämlich die Grundschuld[8]) dem Gläubiger solange als nur fiduciarisch übertragen anzusehen, als sie noch nicht völlig valutiert sei. Infolge des fiduciarischen Sicherungsverhältnisses ergebe sich mithin ein Anspruch des Bestellers der Grundschuld auf den nicht valutierten Überschuß ohne weiteres und daraus dürfe man folgern, „daß der Gläubiger stillschweigend zugunsten des Bestellers der Sicherheit auf den für die Grundschuld zu reservierenden und nicht liquidierten Teil des Erlöses verzichtet habe." Dieser Verzicht sei formlos gültig, da die Formvorschrift für den Verzicht auf die Hypothek oder Grundschuld nicht mehr in Betracht komme.

Weidemann kommt daher zu dem Schluß, daß der Grundschuldgläubiger in seiner Stellung als Fiduciar die Grundschuld stets in voller Höhe liquidieren müsse, wobei er für den valutierten Teil der Grundschuld in rem suam, für die nicht valutierte

---

[6]) a. a. O. Seite 27.
[7]) Deutsche Juristenzeitung 1906 Seite 1002 f.
[8]) Wie es täglich im Baugeldgeschäft vorkomme.

Grundschuld als eine Art Inkassomandatar für den Grundstückseigentümer handle.

Ähnlich führt Neumann[9]) aus, daß der Gläubiger nicht zugunsten einer unbestimmten Person, sondern zugunsten derjenigen verzichte, der er den Betrag herauszugeben haben würde, wenn er ihn erhoben hätte — also zugunsten des Bestellers.

Zu demselben Ergebnis kommen Turnau-Förster[10]), indem sie in der Erklärung des Gläubigers die Erfüllung der Verbindlichkeit des Gläubigers zur Rückübertragung der Grundschuld auf den Besteller, die Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung, erblicken[11]). Zu diesen Auslegungen der Willenserklärung des Gläubigers kommt die nunmehr vom Reichsgericht angegebene Ansicht hinzu, daß jene Erklärung des Grundschuldgläubigers überhaupt keine rechtsgeschäftliche Erklärung enthalte[12]).

Legt man diese Auffassung des Reichsgerichts zugrunde, so ergibt sich jedenfalls ein höchst unbefriedigendes Ergebnis. Zunächst bleibt bei dieser Auffassung der Gläubiger Subjekt eines Anspruches, der ihm rein wirtschaftlich ohne Zweifel nicht zusteht und den er ebenso zweifellos nicht erheben will. Wird er aber von dem Besteller der Grundschuld oder von den nachstehenden dinglich Berechtigten verklagt, in die Auszahlung des für ihn hinterlegten Erlöses zu willigen, so wird er mit Recht erklären können, daß er bereits zum Ausdruck gebracht habe, auf den Betrag keinen Anspruch zu erheben. Und die Frage, wem die Kosten des Prozesses zur Last zu legen sind, wird schwierig zu entscheiden sein, da der Beklagte mit Recht geltend machen wird, daß er zur Klage keinen Anlaß gegeben habe.

Noch unbefriedigender wird das Ergebnis durch die Erwägung, daß der Gläubiger doch auch in der Lage ist, einen ausdrück-

---

[9]) in J. W. 1906 Seite 153 f.

[10]) a. a. O. Seite 1070.

[11]) So auch Trobitzsch, Seite 57: die analoge Anwendung der hypothekenrechtlichen Vorschrift auf die Grundschuld (§ 1192 BGB.) Leipziger Dissertation, Borna-Leipzig 1907.

[12]) Diese Ansicht ist, wie schon oben bemerkt, vorher von Eccius, in Gruchot Band 51 S. 162 f., Enneccerus-Wolff vertreten worden.

lichen Verzicht auf den Versteigerungserlös zu erklären. Legt man für diesen Fall die bisherige Rechtsprechung des Reichsgerichts zugrunde, so würden die Vorschriften über den Verzicht auf die Hypothek (Grundschuld)[13]) nicht entsprechend anzuwenden sein, wie oben ausgeführt ist, und der Betrag wäre den nachstehenden dinglich Berechtigten zuzusprechen. Es würde also lediglich von der Willkür des Gläubigers abhängen, wem der Betrag zufällt. Da in diesem Falle der Gläubiger nicht bereichert ist, so könnte höchstens ein Schadensersatzanspruch des Bestellers der Grundschuld gegen den Gläubiger übrig bleiben, dessen Geltendmachung und Durchführung aber wieder neue Schwierigkeiten hervorrufen wird.

Zunächst wird es zweifelhaft sein, wie dieser Schadensersatzanspruch rechtlich konstruiert werden soll. Die Anwendbarkeit des § 826 BGB. wird kaum in allen Fällen bejaht werden können, und auch die Frage, ob ein vertragliches Verschulden des Gläubigers vorliegt, das aus der allgemeinen Vorschrift des § 276 BGB. hergeleitet werden kann, wird nicht leicht, und sicher im einzelnen Fall verschieden, beantwortet werden.

Schon dieses unbefriedigende Ergebnis läßt Zweifel an der Richtigkeit der neueren reichsgerichtlichen Auffassung durchaus begründet erscheinen.

Wenn der Gläubiger erklärt, daß er die Grundschuld nicht für sich liquidiere, weil er sie nicht valutiert habe, so bringt er damit eben zum Ausdruck, daß er durch die Inanspruchnahme des auf die Grundschuld entfallenden Erlösanteiles eine ungerechtfertigte Bereicherung perficieren würde, sich demgemäß für verpflichtet halten, den Erlös freizugeben und dieser Verpflichtung durch seine Erklärung entsprechen wolle[14]). Die juristische Konsequenz dieser Erklärung hat nicht der Gläubiger selbst zu ziehen, sondern sie ist durch die Rechtsordnung ein für alle Mal festgelegt. In ihr eine rechtsgeschäftliche Erklärung überhaupt nicht zu erblicken, rechtfertigt den Vorwurf einer formalistischen Auslegung, die den § 133 BGB. verletzt. Die Bedeutung der Willenserklärung

[13]) § 1168, 1192 BGB.

[14]) So mit Recht Strohal, a. a. O. S. 185.

kann höchstens nach der Seite hin fraglich sein, ob eine Verzichtserklärung, auf die § 1168 BGB. entsprechend anwendbar ist, oder eine Aufhebung des Rechts im Sinne der §§ 875, 1183 BGB. vorliegt, wobei Zweifel darüber in Frage kommen könnten, ob diese Unterscheidung überhaupt für das Recht am Versteigerungserlös, das an die Stelle des durch den Zuschlag erloschenen dinglichen Rechts getreten ist, zu gelten hat.

Die Entscheidung der Frage ist praktisch von größter Bedeutung. Denn im Falle der Annahme eines Verzichtes würde bei Bejahung der erwähnten Frage der Betrag dem Besteller der Grundschuld zufallen, im Falle der Annahme einer Aufhebung dem nachstehenden dinglich Berechtigten. Die Ansicht, daß die entsprechende Anwendung des § 1183 (1192) BGB. in Frage komme, wird jedoch abzulehnen sein, weil es zur Aufhebung einer Hypothek und einer Grundschuld der Zustimmung des Eigentümers bedarf. Die Erklärung kann nur als ein Verzicht angesehen werden, wobei die entsprechende Anwendung der Bestimmung des § 1168 BGB. sich aus dem dem Zwangsversteigerungsgesetz zugrunde liegenden Surrogationsprinzipe ergibt, wie noch ausgeführt werden soll.

4. Liegt aber in der Erklärung des Gläubigers eine Verzichtserklärung, so entsteht die Frage, welche Wirkung dieser Verzicht auf die Rechtslage ausübt, weil gemäß § 91 des ZVG. das dingliche Recht, die Grundschuld, durch den Zuschlag erloschen ist und gemäß § 92 der Versteigerungserlös an die Stelle des Grundstücks getreten ist.

Das Reichsgericht hat mehrfach den Satz ausgesprochen [15]), daß sich die Grundschuld durch den Zuschlag aufgelöst und zugleich eine Wandlung in „ein anders geartetes Recht" erfahren habe. Aus diesem Grunde hat das Reichsgericht trotz Anerkennung des sogenannten Surrogationsprinzipes es abgelehnt, eine entsprechende Anwendung der Bestimmungen über die Hypothek und Grundschuld hier auf den Verzicht auf den Versteigerungserlös stattfinden zu lassen. — In einer neueren Entscheidung vom 14. Juni

---

[15]) Vergl. Bd. 55 S. 260, Bd. 60/251, Bd. 63/216, Bd. 71/413. Vergl. auch Oberlandesgericht Breslau v. 21. 3. 09 Rechtsprechung Bd. 17 S. 366.

1911 [16]) hält das Reichsgericht an dieser Auffassung fest und führt aus, daß das Ersatzrecht, nämlich das Recht Befriedigung aus dem Versteigerungserlös zu verlangen, ein Hypothekenrecht und überhaupt ein Recht an einem Grundstück nicht sei, da es nicht an einem Grundstück, sondern nur an dem Versteigerungserlöse bestehe.

Hierfür spreche die Erwägung, daß folgerichtig auch der Anspruch auf Ersatz des Wertes aus dem Versteigerungserlöse, der nach § 92 des Zwangsversteigerungsgesetzes an die Stelle eines nicht auf Zahlung eines Kapitals gerichteten durch den Zuschlag erloschenen Rechtes trete, als ein Recht an einem Grundstück, mithin beispielsweise der an die Stelle einer Grunddienstbarkeit getretene Wertersatzanspruch, als Grunddienstbarkeit angesehen werden müßte. Dies sei aber mit der rechtlichen Natur dieses dinglichen Rechts unvereinbar. Allerdings bleibe die Hypothek (Grundschuld) auch nach dem Zuschlag vorläufig im Grundbuch solange eingetragen, bis sie auf Ersuchen des Vollstreckungsgerichts gelöscht werde (§ 130 ZVG.). Aber trotz dieser Eintragung sei das dingliche Recht eine Hypothek oder Grundschuld nicht mehr, da kraft der positiven Bestimmungen des Zwangsversteigerungsgesetzes die nicht in das geringste Gebot fallenden Rechte durch den Zuschlag erlöschen.

Alle diese Ausführungen hat das Reichsgericht in dem konkreten Fall zu dem Zwecke gemacht, um darzutun, daß die analoge Anwendung des § 892 BGB., der den rechtsgeschäftlichen Erwerb auf Grund des öffentlichen Glaubens des Grundbuches schützt, auf einen das Ersatzrecht betreffenden Erwerb ausgeschlossen sei. Auf diese Übertragung des an die Stelle der Hypothek oder Grundschuld getretenen Rechts auf Befriedigung aus dem Versteigerungserlös könne nur der außerhalb des Grundbuchrechts für die Übertragung von Rechten allgemein geltende Grundsatz Anwendung finden, daß durch die Übertragung auch der gutgläubige Erwerber nicht mehr Rechte erlangen könne als der Übertragende.

Andere Entscheidungen des Reichsgerichts sprechen den Satz, daß das an die Stelle des dinglichen Rechts getretene Recht auf

[16]) J. W. 1911 Seite 763/64.

Befriedigung aus dem Versteigerungserlös ein anders geartetes Recht sei, zum mindesten weniger deutlich aus und lassen so einer anderen Auslegung Raum. — So führt die in Band 69 Seite 251 abgedruckte Entscheidung aus:

„Der Hypothekengläubiger erlangt anstelle der als dingliches Recht an dem Grundstück erlöschenden Hypothek ein Recht, das materiell gerichtet ist auf Erfüllung seines Hypothekenrechts durch Auszahlung des nach dem Range der Hypothek auf diese entfallenden Erlöses."

Und in Band 75 Seite 316 heißt es:

„Hypotheken und Grundschulden erlöschen mit dem Zuschlag nur insoweit als sie das Grundstück belasten. An die Stelle des Grundstückes tritt als Surrogat der Versteigerungserlös und an diesem dauern die Rechte und die früheren Rechtsbeziehungen fort."

In Band 71 Seite 412 ist ausgeführt, daß das in den §§ 118 [17]), 128 des Zwangsversteigerungsgesetzes gewährte Forderungsrecht nebst Sicherungshypothek zwar als ein neues Recht anzusehen sei, aber doch nach der Absicht des Gesetzes der Sache nach die Fortsetzung des ursprünglichen, in einer unmittelbar die Zwangsvollstreckung ermöglichenden Gestalt bilde. Daraus folge, daß die gegen das ursprüngliche Hypothekenrecht begründeten Einwendungen auch gegen das neue Recht geltend gemacht werden dürfen.

Endlich heißt es in Band 70 Seite 281:

„Der dem Hypothekengläubiger nach der Zwangsversteigerung zustehende Anspruch auf den Erlös ist gegenüber dem hypothekarischen Recht, auf dem er beruht, nicht ein neues Recht, das durch das Ereignis der Zwangsvollstreckung für den Gläubiger entsteht. Vielmehr ist es das nämliche Recht wie vor der Zwangsversteigerung das hypothekarische Recht."

---

[17]) Gemäß § 118 ZVG. wird der Teilungsplan, soweit das Bargebot vom Ersteher nicht berichtigt wird, dadurch ausgeführt, daß die Forderung gegen den Ersteher durch Anordnung des Gerichts übertragen wird und § 128 bestimmt, daß insoweit für die Forderung eine Sicherungshypothek an dem Grundstück mit dem Range des Anspruchs einzutragen ist.

Zunächst kann keinem Zweifel unterliegen, daß das sogenannte Surrogationsprinzip, trotzdem es im Gesetz ausdrücklich nicht ausgesprochen ist, Geltung hat.

§ 140 Absatz 1 des ersten Entwurfs des Zwangsversteigerungsgesetzes sprach den Grundsatz aus, daß der Versteigerungserlös derartig an die Stelle des Grundstückes treten solle, daß die an diesem bestehenden Rechte, soweit sie durch den Zuschlag erlöschen, auf den Erlös übertragen würden. Hiernach wird also Eigentümer des Erlöses der bisherige Eigentümer des Grundstücks und Belastungen des Grundstücks werden Belastungen des Erlöses.

Die zweite Kommission hat den Satz nur deshalb gestrichen, weil er sich aus anderen Vorschriften des Gesetzes [18]) von selbst ergebe. Dies ist einer der Gründe, aus denen Güthe [19]) folgert, daß das dingliche Recht als solches bestehen bleibt. — Strohal [20]) weist trotz Zustimmung in der Sache selbst darauf hin, daß „diese Formulierung" Jaeckels mit dem Wortlaut des § 91 Absatz 1 des ZVG. nicht in Einklang gebracht werden könne, und daß aus dem Wesen der Surrogation allein ein Schluß auf die unveränderte Beschaffenheit des vom ursprünglichen Gegenstand auf das Surrogat hinübergeleiteten Rechts nicht gezogen werden dürfe.

So unterliege es z. B. in den Fällen der eherechtlichen Gütersurrogation des § 1473 oder der erbrechtlichen Surrogation des § 2111 keinem Zweifel, daß, wenn etwa anstelle einer zum gütergemeinschaftlichen Vermögen oder zur Vorerbschaft gehörenden Geldsumme ein Grundstück trete, das Recht an diesem unmöglich nach denselben Grundsätzen beurteilt werden könne, die früher für das Recht an den Geldstücken maßgebend gewesen seien. Nicht minder gewiß sei, daß, wenn im Sinne des § 92 ZVG. an die Stelle einer Grunddienstbarkeit der Anspruch auf Wertersatz aus dem Versteigerungserlös trete, dieser Anspruch unmöglich noch als eine Grunddienstbarkeit angesprochen werden könne.

---

[18]) Vergl. § 10, 35 No. 5. 109, 110, 118. Vergl. auch RG. in J. W. 1908 Seite 556 und Kretzschmar, Seite 163.

[19]) Güthe-Jaeckel, Anm. 1 zu § 91 S. 381 u. Güthe, i. d. Jur. Zeitg. 1908 Seite 129.

[20]) Strohal, a. a. O. Seite 159 f.

Strohal kommt daher zu dem Schluß, daß zwar die Hypothek, Grund- oder Rentenschuld infolge des Zuschlages aufgehört habe zu existieren, das Recht auf Befriedigung aus dem Erlös also eine Hypothek, Grund- oder Rentenschuld nicht mehr sei, daß gleichwohl aber auf dieses Recht gewisse Rechtssätze des Hypotheken- und Grundschuldrechts in entsprechende Anwendung zu bringen seien.

Güthe-Jaeckel legen dagegen das Erlöschen im Sinne des § 91, 92 des Zwangsversteigerungsgesetzes nicht als ein Erlöschen in dem gewöhnlichen Sinne aus, daß die Rechte fortfallen, sondern in dem Sinne, daß sie durch den Zuschlag eine Umwandlung erfahren und sich in veränderter Gestalt fortsetzen. „Nicht das dingliche Recht als solches ist erloschen; erloschen ist nur die Beziehung des Rechts zu dem Gegenstande, der bis dahin die Befugnis des Berechtigten vermittelt hat, sich an den Grundstückswert zu halten. Da sonach weiter nichts geschieht, als daß der Grundstückswert, der das dingliche Recht trägt, dazu geeignet gemacht wird, dieses zu befriedigen, so kann das Recht durch den Zuschlag kein anderes werden [21]).

Für Jaeckel ergibt sich die Richtigkeit seiner Ansicht, soweit das dingliche Recht auf Zahlung einer Kapitalsumme wie bei der Hypothek, Grund- oder Rentenschuld gerichtet ist, schon aus den gesetzlichen Vorschriften der §§ 1113, 1191, 1199 BGB. Wenn das Gesetz Zahlung aus dem Grundstück verlange, so bedeute das nur, daß der Wert des Grundstücks für den Zahlungsanspruch dinglich gebunden sei. Durch die Einleitung der Zwangsvollstreckung sei die dingliche Bindung des Grundstückswertes noch nicht entbehrlich. Erst nach dem Zuschlag sei die weiter dauernde dingliche Haftung des Grundstücks überflüssig, weil der durch das Mittel der dinglichen Haftung des Grundstücks für das Recht gesicherte Grundstückswert von dem Grundstück getrennt sei und ein selbständiges Dasein gewonnen habe. — Dagegen erkennt auch Jaeckel an, daß bei den nicht auf Zahlung einer bestimmten Geldsumme gerichteten dinglichen Rechten sich durch den Zuschlag der Inhalt des Rechts insofern ändere, als an die Stelle des Rechts der

[21]) Ebenso Oberneck: Grundbuchrecht III 4. Auflage 1909, Seite 52.

Anspruch auf Zahlung einer Geldsumme trete. Denn ein Erbbaurecht, ein Wegerecht, ein Wohnungsrecht könne natürlich an dem flüssig gemachten Grundstückswert nicht fortbestehen. Auch hebt er hervor, daß das dingliche Recht nach dem Zuschlag den Vorschriften des Sachenrechts nur insoweit unterworfen ist, als nicht Abweichungen durch die Veränderung des Haftungsgegenstandes geboten sind. Jedenfalls aber seien solche Abweichungen für die Anwendung des § 1168 BGB. nicht geboten.

Der theoretische Streit darüber [22]) ob das Recht auf den Versteigerungserlös (soweit es auf Zahlung einer bestimmten Geldsumme gerichtet ist) dasselbe Recht wie das dingliche Recht oder ein anders geartetes Recht ist, kann aber dahingestellt bleiben, wenn die Frage nach der analogen Anwendbarkeit gewisser sachenrechtlicher Vorschriften bejaht wird. Mit Recht weist Strohal darauf hin, daß die Rechtsordnung in den zahlreichen Surrogationsfällen bestrebt ist, die in Ansehung desjenigen Gegenstandes, an dessen Stelle ein Surrogat tritt, bestehenden Rechtsverhältnisse tunlichst aufrecht zu erhalten, und daß im bürgerlichen Recht häufig trotz einer eingetretenen wesentlichen Veränderung von Rechtsverhältnissen für eine bestimmte Übergangszeit gewisse Rechtssätze maßgebend bleiben, die vor der eingetretenen Änderung bestimmt waren [23]). Bejaht man diese Frage, dann kann kein Zweifel sein, daß der Verzicht auf den Versteigerungserlös keine anderen rechtlichen Folgen haben kann, als der Verzicht auf das dingliche Recht, weil ja der alleinige Unterschied zwischen der früheren und jetzigen Gestaltung des Gläubigerrechts darin besteht, daß die zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers erforderliche Umsetzung des Grundstückswertes in den Erlös des Grundstücks stattgefunden hat und das Recht des Gläubigers lediglich seinem praktischen Ziele näher gekommen ist. Dieses Ergebnis ruht nicht auf der Annahme, daß hier eine Eigentümergrundschuld oder quasi Eigentümergrundschuld entsteht [24]), sondern lediglich auf der Erwägung, daß diese

[22]) Es kann nicht verkannt werden, daß die Formulierung Güthe's, daß das dingliche Recht als solches bestehen bleibe, zu weit geht.

[23]) Strohal weist auf die §§ 49 Absatz 2, 730 Absatz 2 Satz 1, 1471, 1442, 2114 BGB. hin.

[24]) Zimmermann, a. a. O. Seite 42.

Eigentümergrundschuld entstanden sein würde, wenn der Verzicht vor dem Zuschlag in der Form des § 1168 BGB. von dem Gläubiger erklärt worden wäre, sodaß also der Erlös unter entsprechender Anwendung des § 1168 dem Eigentümer, d. h. dem Subhastaten zuzusprechen ist. Denn es ist selbstverständlich nicht möglich, den Erlös nun etwa dem Ersteher des Grundstücks zuzusprechen, weil er durch den Zuschlag zum Grundstückseigentümer geworden ist. Denn das Gesetz spricht im § 1168 die Hypothek dem Eigentümer des Grundstücks deshalb zu, weil er Eigentümer des belasteten Objekts ist. Dies ist aber der Ersteher gewiß nicht, denn am Grundstück ist die Hypothek erloschen. Mithin führt bei richtiger Anwendung des Gesetzes die Analogie nicht auf den Ersteher, sondern auf den früheren Eigentümer, den Subhastaten [25]).

Zu demselben Ergebnis, aber auf Grund ganz anderer Erwägungen kommen Hirsch [26]), Samter [27]) und Wolff [28]).

Hirsch führt aus, daß das dingliche Recht, die Grundschuld, infolge der Zwangsversteigerung nicht wirklich erlösche, sondern eine Umwandlung in ein Forderungspfandrecht erfahre. Das dingliche Recht könne sich aus dem Grunde nicht ohne weiteres an dem Versteigerungserlös fortsetzen, weil zur Zeit des Zuschlages ein Gelderlös nicht vorhanden sei, denn der Ersteher zahle den Erlös stets erst im Verteilungstermin. Die Hauptfrage sei also die, wo sich die erloschenen Rechte in der Zwischenzeit befänden. Zunächst könne nur eine Forderung des Subhastaten gegen den Ersteher auf Barzahlung des Erlöses entstehen. Diese Rechte könnten nicht gegenstandslos fortbestehen bis sie den Erlös belasten könnten. Auch sei die Annahme ausgeschlossen, daß sie untergingen und mit der Zahlung des Geldes durch den Ersteher plötzlich wieder entstünden. Subjekt der Forderung gegen den Ersteher könne jedoch nur der Subhastat sein und nicht etwa die zur Hebung kommenden Berechtigten, denn sie würden nicht schon mit dem

---

[25]) Jaeckel, i/Gruchot Bd. 56 Seite 602.

[26]) Übertragung der Rechtsausübung 1910 Seite 378.

[27]) Handbuch zum Zwangsversteigerungs- und Zwangsverwaltungsgesetz 1904.

[28]) Sachenrecht 1910 Anm. 11.

Zuschlage, sondern erst durch Verteilung des Erlöses oder durch Übertragung der Forderung gegen den Ersteher auf sie seitens des Gerichts befriedigt. Mithin verwandle sich zunächst das dingliche Recht in ein Pfandrecht der zur Hebung kommenden Berechtigten an der Forderung des Subhastaten gegen den Ersteher.

Nach der Ansicht Wolff's tritt an die Stelle des Grundpfandrechts ein Anspruch auf Wertersatz aus dem Erlös, aber kein Pfandrecht an dem Recht auf den Erlös. Über die rechtliche Natur dieses Wertersatzanspruches aber sagt Wolff nichts, sodaß seine Ansicht, daß trotz des Erlöschens der Grundschuld durch den Zuschlag diese als ein Recht zum Bezuge des Grundschuldbetrages weiterbestehe, das hier aufgeworfene Problem nicht löst [29]).

Der Kommentar von Reichsgerichtsräten nimmt an [30]), daß das dingliche Recht durch den Zuschlag erlösche und sich in ein Forderungsrecht verwandle, sodaß in Bezug auf die Uebertragung, Pfändung und den Verzicht obligationsrechtliche Vorschriften Anwendung fänden.

Zimmermann [31]) will die von Hirsch aufgeworfenen Zweifelsfragen unter dem Gesichtspunkt der fiktiv erfolgten Zahlung betrachten. Der Erlös gelte schon im Augenblicke des Zuschlags als gezahlt, sodaß die von der tatsächlichen Zahlung des Erlöses im Verteilungstermin angesetzten Rechtswirkungen auf den Zuschlagstermin zurückzubeziehen seien. Es sei unbedenklich, ein Pfandrecht an einem fiktiv existenten Objekt zu konstruieren, zumal man das ganze Verhältnis als ein Pfandrecht an künftiger Sache auffassen könnte. Das Gesetz stehe eben auf dem Standpunkt, daß der Erlös schon im Zuschlagstermin als gezahlt gelten solle, damit schon in diesem Augenblick die dinglichen Wirkungen, wie sie die Surrogation erheische, eintreten könnten. Dieser Konstruktion stehe auch nicht entgegen, daß bis zur Zahlung des Erlöses daneben ein Forderungsrecht gegen den Ersteher evtl. gegen einen bestimmten für zahlungspflichtig erklärten Dritten bestände. Das Forderungsrecht

---

[29]) a. a. O. § 156 Seite 543 Anm. 7. So mit Recht Zimmermann, a. a. O. Seite 40.

[30]) a. a. O. § 1113 Anm. 6.

[31]) a. a. O. Seite 38.

des Subhastaten gegen den Ersteher könne sehr wohl mit dem Pfandrecht der zur Hebung kommenden an dem Fiktiverlöse konkurrieren; denn das Grundpfandrecht schließe als das stärkere Recht in seiner Herrschaftsfunktion an der Sache die Konkurrenz eines Forderungsrechtes nicht aus.

Dagegen stehen Güthe-Jaeckel auf dem Standpunkt, der seiner grundsätzlichen Ansicht entspricht, daß das dingliche Recht trotz des Zuschlages als solches bestehen bleibt, daß die Surrogation nur insoweit wirke, als eine Auszahlung des Erlöses tatsächlich erfolgt sei[32]). — Nach ihm hat vor der Zahlung des Erlöses die Surrogation keine Wirkung auf die Natur des Rechts. Demnach sei ein nach dem Zuschlag aber vor der Zahlung ausgesprochener Verzicht auf eine Grundschuld in der Wirkung ebenso zu beurteilen wie ein vor dem Zuschlag erklärter Verzicht, wobei aber die Verzichterklärung formlos gültig sei.

M. E. bedarf es einer juristischen Konstruktion nicht, weil in allen denkbaren Fällen die analoge Anwendung des § 1168 BGB. zu dem richtigen Ergebnis führen wird.

Dagegen erhebt sich jetzt die Frage, ob der obligatorische Anspruch des Grundschuldbestellers auch nach dem Zuschlage noch in Frage kommt.

Denn nur wenn der Subhastat der Besteller der Grundschuld war, erhält er auch materiell mit Recht den auf die nicht valutierte Grundschuld entfallenden Teil des Versteigerungserlöses. War er nicht der Besteller des Grundstücks, sondern hatte das Grundstück von diesem erworben und die Grundschuld in Anrechnung auf den Kaufpreis übernommen, so würde ein unbilliges Ergebnis eintreten, wenn er nunmehr den Versteigerungserlös für sich behalten könnte. Schon oben[33]) ist darauf hingewiesen worden, daß es vor der Zwangsversteigerung des Grundstücks für diesen Fall zweifelhaft ist, ob der Besteller der Grundschuld gemäß §§ 819, 818 Abs. 4 BGB. gleichwohl von dem Gläubiger den Wertersatz verlangen könne. Nur wenn man in der Erklärung des Grundschuldgläubigers einen

---

[32]) Vergl. Güthe, a. a. O. S. 388 Anm. 8 zu § 92.

[33]) Seite 15 f.

Verzicht zugunsten des Bestellers der Grundschuld erblickt[34]), entfällt die sonst sich ergebende Schwierigkeit. — Zimmermann[35]) will auch in diesem Fall ebenso wie vor der Zwangsversteigerung des Grundstücks[36]) dem Besteller der Grundschuld lediglich einen Anspruch aus § 819 in Verbindung mit dem § 818 Absatz 4 BGB. gewähren. Er erkennt aber selbst an, daß auch dieses Ergebnis insofern unbillig ist, als der Grundschuldgläubiger den Wert, den er zu leisten hat, selbst nicht mehr besitzt. Er will dem Gläubiger dadurch helfen, daß er ihm das Recht einräumt, seine Verzichtserklärung wegen Irrtums anzufechten (gemäß § 119 Satz 2 BGB.). Die Anfechtung sei gegeben, wenn der Erklärende sich in Unkenntnis über die gesetzlichen Folgen seiner Willenserklärung befunden hat. Auf diese Weise könne der Gläubiger von dem Subhastaten die Herausgabe des nicht liquidierten Betrages verlangen und seinerseits an den Besteller der Grundschuld aushändigen. Ein Anspruch aus § 812 BGB. stehe dagegen dem Besteller der Grundschuld gegen den Subhastaten nicht zu. Denn die in der Literatur[37]) vertretene Ansicht, daß eine Bereicherung ohne rechtlichen Grund schon dann vorliege, wenn das Ergebnis einer Vermögensverschiebung der Billigkeit nicht entspreche, sei nicht zu vertreten, weil durch den Maßstab wechselnder Billigkeitsbegriffe zahlreichen Gesetzesbestimmungen die feste Grundlage entzogen würde. § 812 BGB. setze voraus, daß die Vermögensverschiebung entweder durch „Leistung" oder „in sonstiger Weise" erfolgt sei.

Die erste Alternative komme für den vorliegenden Fall nicht in Betracht, weil die Leistung grundsätzlich derjenige erbringen müßte, auf dessen Kosten sie geschehe[38]). Das sei aber hier nicht

---

[34]) Vergl. Pfannmoeller, a. a. O. S. 33.

[35]) a. a. O. Seite 52.

[36]) a. a. O. Seite 23/24.

[37]) z. B. von Kuhlenbeck: von den Pandekten zum BGB. 1899 Seite 559, und von Schloßmann, zur Lehre von der causa obligatorischer Verträge, Seite 40.

[38]) Von der herrschenden Ansicht wird anerkannt, daß zwischen der Vermögensverminderung des einen und der Vermögensvermehrung des andern ein unmittelbarer, ursächlicher Zusammenhang stehen muß. Vergl. insbesondere RG. Bd. 66 S. 80.

der Fall, so daß es sich nur um die zweite Alternative handeln könne. — Nachdem er die von einzelnen Schriftstellern für die zweite Alternative versuchte Aufstellung eines allgemeinen Prinzips [39]) abgelehnt hat, unterscheidet er [40]) drei Fälle:

1. Die Bereicherung auf Kosten eines anderen beruht lediglich auf dem Willen des Bereicherten;
2. auf der Handlung eines Dritten;
3. der Rechtsverlust tritt kraft Gesetzes ein.

Hier liege der dritte Fall vor, denn die Grundschuld (richtiger quasi Eigentümergrundschuld) sei unmittelbar zugunsten des derzeitigen Grundstückseigentümers kraft der gesetzlichen Bestimmung des § 1368 BGB. entstanden, ausgelöst durch den von dem Gläubiger erklärten Verzicht. In der Regel sei in solchen Fällen nicht nur die Rechts-, sondern auch die Vermögensverschiebung vom Gesetz gebilligt, wenngleich das Gesetz hier auch Fälle kenne, in denen es nur die Rechtsverschiebung, nicht aber auch die Vermögensverschiebung sanktionieren wolle. Ob der Regel- oder der Ausnahmefall vorliege, müsse stets aus dem inneren Grunde und dem Zweck der konkreten Gesetzesbestimmung geschlossen werden [41]).

Im vorliegenden Falle könne nicht zweifelhaft sein, daß das Gesetz nicht nur die abstrakte Rechtsverschiebung sondern auch die konkrete Vermögensverschiebung wolle, so daß der Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung gemäß § 812 Absatz 1 für den Besteller der Grundschuld nicht gegeben sei, obwohl sonst in der Person des Grundstückseigentümers seine Voraussetzungen vorliegen mögen. —

Geht man davon aus, daß der Besteller der Grundschuld gemäß § 819, 818 Absatz 2 von dem Gläubiger die Herausgabe des nicht liquidierten Betrages verlangen kann, so ist dieses Ergebnis dennoch unbefriedigend, wenn man nicht dem Gläubiger das Recht

---

[39]) Vergl. Jung: a. a. O. S. 129; v. Mayr: a. a. O. S. 50; Collatz: a. a. O. S. 40.

[40]) im Anschluß an Planck III, S. 936. Windscheid-Kipp II § 422 Zusätze. Enneccerus I 2, Seite 572 f.

[41]) Vergl. Enneccerus, Seite 572 f.

gibt, den Betrag wiederum von dem Subhastaten zurückzuverlangen. — Zimmermann will dies dadurch ermöglichen, daß er den Gläubiger auf die Anfechtungsmöglichkeit seiner Willenserklärung wegen Irrtums hinweist. Diese Anfechtungsmöglichkeit ist aber dem Gläubiger nicht gegeben. Zwar kann der Irrtum über konkrete rechtliche Beziehungen über bestehende Rechtsverhältnisse unter den sonstigen Voraussetzungen des § 119 Absatz 1 zur Anfechtung berechtigen, niemals aber kann der Irrtum über die rechtlichen Folgen einer Willenserklärung die Anfechtung begründen [42]). Auch würde die Frage entstehen, wem gegenüber die Anfechtung wegen Irrtums erfolgen soll, denn die Willenserklärung ist dem Versteigerungsrichter gegenüber abgegeben worden. Endlich wäre es höchst unbillig, den Gläubiger auf diesen schwierigen Rechtsbehelf zu verweisen. Denn er hat durch seine Willenserklärung lediglich zum Ausdruck bringen wollen, daß er den Versteigerungserlös nicht für sich in Anspruch nehme, weil er dadurch eine ungerechtfertigte Bereicherung perficieren würde.

In Wahrheit steht auch in diesem Fall dem Besteller der Grundschuld ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung gegen den Subhastaten gemäß § 812 zu. Denn bei richtiger Erkenntnis der tatsächlichen Lage des Falles ist davon auszugehen, daß der Subhastat den Erlös durch die Leistung des Bestellers auf dessen Kosten ohne rechtlichen Grund erlangt hat. Kausal für die Erlangung des Versteigerungserlöses durch den Subhastaten ist in Wirklichkeit die Bestellung der Grundschuld ohne rechtlichen Grund gewesen und nur mittelbar die darauf beruhende Verzichterklärung des Grundschuldgläubigers. Und der Versteigerungserlös ist ja — wie dargetan — lediglich an die Stelle des dinglichen Rechts getreten. —

---

[42]) So mit Recht die herrschende Meinung. EG. Band 51 S. 281, Bd. 57 S. 273. — Kommentar v. RGR. Bemerkung 2. Riezler, bei Staudinger, Anm. 2b zu § 119 Seite 461/62.

III. Teil.

Die Anwendbarkeit des § 1163 BGB. auf die Grundschuld. (§ 1192 BGB.)

§ 1163 Absatz 1 Satz 1 würde in Anwendung auf die Grundschuld lauten:

> „Ist die Forderung, für die das Grundstück haften soll, nicht zur Entstehung gelangt, so steht die Grundschuld dem Eigentümer zu."

Aus dem Gesetz ist mit positiver Gewißheit nicht festzustellen, ob die analoge Anwendbarkeit des § 1163 Absatz 1 Satz 1 auf Grund des § 1192 BGB. statthaft ist. Denn welche Vorschriften anwendbar und welche nicht anwendbar sind, sagt das Gesetz nicht. Es sieht absichtlich davon ab, die einzelnen Vorschriften aufzuzählen. Die Motive (Band III Seite 761) begründen diese Stellung des Gesetzes damit, daß der Versuch, in dieser Hinsicht durch das Gesetz Gewißheit zu schaffen, leicht zu Mißverständnissen führen könnte, weil die Entscheidung darüber, ob eine Vorschrift zur entsprechenden Anwendung auf die Grundschuld geeignet sei, sich schwer für alle Fälle im Voraus treffen lasse.

Bei dieser Stellung des Gesetzes ist es klar, daß in Literatur und Judikatur erhebliche Zweifel und Widersprüche über die Anwendbarkeit der einzelnen für die Hypothek gegebenen Vorschriften auf die Grundschuld sich ergeben, insbesondere auch für die Anwendbarkeit des § 1163 Absatz 1 Satz 1.

Um zu einer richtigen Auslegung des § 1192 BGB. zu kommen, ist ein Rückblick auf die Geschichte der Grundschuld nicht zu umgehen.

Geschaffen ist die Grundschuld durch das preußische Eigentumserwerbsgesetz vom 5. Mai 1872. Zu ihrer Schaffung führte die Erwägung, daß die Hypothek, die an sich nur ein Akzessorium der zu sichernden Forderung bildet, ein von der Forderung tatsächlich unabhängiges Dasein führen konnte. Diese Unabhängigkeit der Hypothek von der ihr zugrundeliegenden Forderung zeigte sich dann, wenn der Zessionar des Hypothekengläubigers, der die Hypothek im Vertrauen auf die Richtigkeit des Grundbuchs, also gestützt auf dessen öffentlichen Glauben, erworben hatte, geltend machte. Mit der dinglichen Klage aus der Hypothek mußte er obsiegen, auch wenn die Forderung bereits erloschen war, während er mit der persönlichen Klage gegen denselben, nämlich auch persönlich haftenden Eigentümer des Grundstücks, abgewiesen wurde. Diese tatsächliche Unabhängigkeit des Hypothekenrechts von der ihr zugrunde liegenden Forderung führte zu dem Gedanken, ein derartiges dingliches Recht, das von vornherein von dem ihm zugrunde liegenden persönlichen Schuldverhältnis unabhängig ist, gesetzlich anzuerkennen. Bei der Schaffung dieses Rechtes — der Grundschuld — wurde zwar die Hypothek des allgemeinen Landrechts beibehalten, aber in der Erwartung, daß die Grundschuld praktisch die Hypothek verdrängen würde.

Der Verkehr wählte aber die Grundschuld nur in etwa 5 Fällen von hundert Belastungen[1]). Gleichwohl trug man bei Schaffung des Bürgerlichen Gesetzbuchs kein Bedenken, die Grundschuld in das Gesetz aufzunehmen. Man wollte sogar die Grundschuld als Hauptform des Realkredits einführen. — Demzufolge hatte die Redaktionskommission den 8. Abschnitt des dritten Buches des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs auch unter Voranstellung der Grund- und Rentenschuld redigiert[2]). Faßt man den Unterschied in der gesetzlichen Definition der Hypothek (§ 1113 BGB.) und der Grundschuld (§ 1191 BGB.) ins Auge, so scheint er damit ausgedrückt zu sein, daß die Hypothek eine Forderung voraussetzt, die Grund-

---

[1]) Vergl. Archiv des deutschen Landwirtschaftsrats XIII. Jahrgg. Berlin 1899 Seite 269.

[2]) Ein Abdruck findet sich in den Protokollen, Seite 501—14 und in Gruchot, Band 38 S. 428 f.

schuld nicht. Nun wird aber allgemein anerkannt, daß das der Grundschuld zugrunde liegende Schuldverhältnis nicht ohne Einfluß bleibt, und daß es nicht als wesentlicher Unterschied von der Hypothek gelten kann, daß neben der Grundschuld eine persönliche Forderung ausgeschlossen sei. Um die Frage zu entscheiden, wie weit der Einfluß des persönlichen Schuldverhältnisses auf das dingliche Recht reicht, darf auch nicht der Entwurf herangezogen werden, welcher die Grundschuld voranstellte. Denn auf Grund dieses Entwurfes wäre es bei der Beratung der dem jetzigen § 1192 BGB. entsprechenden §§ 1136, 1138 des ersten Entwurfs ohne Schwierigkeit gewesen, die anwendbaren Vorschriften aufzuzählen. In der ausgesprochenen Absicht, jenen Entwurf für diese Frage nicht entscheiden zu lassen, wurde aber davon abgesehen, zumal sich schon bei der Beratung der Vorschrift des § 1192 Zweifel und Widersprüche über die Tragweite dieser Vorschriften ergaben [3]).

Aus diesem Grunde ist die Ansicht Kobers bei Staudinger [4]) nicht zutreffend, der schlechthin behauptet, daß dieser zweite Redaktionsentwurf in Zweifelsfragen als Auslegemittel benutzt werden dürfe.

In diesem Entwurf fand sich allerdings eine Vorschrift des Inhalts, daß die Grundschuld beim Nichtentstehen der ihr zugrunde liegenden Forderung dem Eigentümer zustehen solle, nicht. Daraus aber kann, wie dargelegt, die Unanwendbarkeit des § 1163 Absatz 1 Satz 1 BGB. auf die Grundschuld nicht gefolgert werden. Diese Folgerung ist insbesondere mit Rücksicht auf die Motive [5]) unzulässig. Denn hier wird ausgeführt, daß sich auch Bestimmungen im Gesetz befinden, die zwar auf die durch die Hypothek gesicherte Forderung abgestellt sind, die aber nur als Folgerungen aus allgemeineren Prinzipien angesehen werden können und deshalb auch für die Grundschuld gelten müssen.

Aus den Vorarbeiten kann eben gerade in diesem Falle ein bestimmter Anhalt für den Willen des Gesetzgebers nicht gefunden werden. Zunächst kann nicht zugegeben werden, daß bei der

---

[3]) Vergl. Protokolle Bd. 3 S. 709 III.
[4]) Vergl. Anmerkg. 1 b zu § 1192 S. 967.
[5]) Band 3 Seite 781.

Grundschuld von einem Schuldverhältnis in jeder Beziehung abgesehen wird, zumal diese tatsächlich regelmäßig die Sicherstellung einer Forderung bezweckt.

Zahlreiche Bestimmungen anderer Reichsgesetze sprechen auch bei der Grundschuld von der ihr zugrunde liegenden Forderung. — § 193 KO. spricht von den Rechten aus einer für die Forderung bestehenden Hypotheken-, Grund- oder Rentenschuld; § 25 ZPO. davon, daß neben der Klage aus einer Grundschuld oder Rentenschuld die Schuldklage und mit der Klage auf Umschreibung oder Löschung einer Grund- oder Rentenschuld die Klage auf Befreiung von der persönlichen Verbindlichkeit verbunden werden kann.

§ 53 Absatz 2 des Zwangsversteigerungsgesetzes erwähnt, daß, wenn bei einer Grund- oder Rentenschuld, die bestehen bleibt, der Schuldner zugleich persönlich haftet, der Ersteher unter den Voraussetzungen des Absatz 2 die Schuld übernehmen muß. Ferner bestimmen die §§ 592, 688, 794 Ziffer 5 ZPO., daß als ein Anspruch, der die Zahlung einer Geldsumme zum Gegenstand hat, auch der Anspruch aus einer Grund- oder Rentenschuld gelte.

Die Vorschriften über den Nießbrauch und über das Pfandrecht an einer Forderung gelten auch für den Nießbrauch oder das Pfandrecht an einer Grund- und Rentenschuld [6]). Und die Bestimmungen über die Pfändung von Hypotheken und der ihr zugrunde liegenden Forderung finden auch für die Grund- und Rentenschuld entsprechende Anwendung [7]).

„Es ist eben unmöglich, sich die Grundschuld als eine dingliche Last ohne jedes Schuldverhältnis vorzustellen“ [8]).

Die Rechtsnatur der Grundschuld ist aber infolge der eigentümlichen Vermengung des dinglichen und persönlichen Elements trotz der zahlreichen über ihre Rechtsnatur aufgestellten Theorien noch immer nicht genügend geklärt [9]).

---

[6]) Vergl. § 1080, 1291 BGB.

[7]) Vergl. § 857 ZPO.

[8]) Gierke, in Schmollers Jahrbuch Band 13 Seite 472 für Gesetzgebung, Verwaltung.

[9]) Vergl. die Zusammenstellung bei Puntschart: Der Grundschuldbegriff des deutschen Reichsrechts in Gesetz und Literatur. Gratz 1900 S. 85 f.

Schon die gesetzliche Definition der Grundschuld, nach welcher an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, eine bestimmte Geldsumme aus dem Grundstück zu zahlen ist, ist dann schwer zu erklären, wenn von einer Forderung völlig abgesehen werden muß. In diesem Falle wäre die Zwangsversteigerung das einzige Mittel für den Gläubiger die Befriedigung zu erlangen. In Wahrheit erwartet er aber, ebenso wie bei der Hypothek, daß ihm die Geldsumme freiwillig gezahlt und so die Zwangsversteigerung des Grundstücks vermieden werde. — Diese Tatsache hat zu der Theorie geführt, die eine obligatorische Verpflichtung des jeweiligen Eigentümers annimmt unter Beschränkung seiner Haftung auf das Grundstück [10]). Andere nehmen eine Haftung des Grundstücks für eine bloße Schuld des Eigentümers [11]) oder eine Naturalobligation gegen den Eigentümer an, die mit dem dinglichen Recht verbunden ist, mangels anderweitiger Erfüllung Befriedigung aus dem Grundstück zu suchen [12]).

Alle diese Theorien entsprechen jedoch dem geltenden Recht nicht. Denn nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch ist der Eigentümer immer nur berechtigt, aber niemals verpflichtet, den Gläubiger zu befriedigen. Diese Erkenntnis hat dazu geführt [13]), bei der Grundschuld nur einen Gläubiger und ein bloßes „Bekommensollen" aber keinen Schuldner anzuerkennen.

Zur Klarstellung des Unterschiedes zwischen Hypothek und Grundschuld in diesem Sinne sind die deutschrechtlichen Begriffe „Schulden" und „Haften" herangezogen worden [14]).

Bei der Hypothek ergebe sich die Rechtslage, daß sowohl der Schuldner für das „Leistensollen" haftet als auch das Grundstück,

---

[10]) Vergl. Hachenburg: Beiträge zum Hypotheken- und Grundschuldrecht des Entwurfs eines BGB. Mannheim 1875, Seite 26 f. — Cosack: Gerber-Cosack: System des deutschen Privatrechts Seite 256. — Fuchs: das Wesen der Dinglichkeit, Berlin 1899 S. 53 f.

[11]) Dernburg: Bürgerliches Recht des deutschen Reichs und Preußen Bd. 3 Seite 617.

[12]) Stobbe-Lehmann: Handbuch des deutschen Privatrechts Bd. III. Berlin 1899 S. 104.

[13]) Vergl. darüber Trobitzsch: Dissertation Seite 19.

[14]) „Schulden" heißt „Leistensollen", „Haften" heißt „Einstehen für eine Schuld".

das einen von dem Schuldner verschiedenen Eigentümer haben kann.

Bei der Grundschuld bestehe dagegen nur eine Haftung des Grundstücks und eine abstrakte Schuld ohne einen Schuldner.

Tatsächlich kann aber eine ganz außerhalb der Grundschuld stehende persönliche Verpflichtung neben dem dinglichen Recht bestehen; denn die Verknüpfung der Grundschuld mit einer nicht abstrakten Forderung ist möglich und praktisch die Regel. Die Disharmonie, die sich daraus ergibt, ist so groß, daß Trobitzsch[15]) de lege ferenda verlangen möchte, daß sich der persönliche Schuldner nur für dieselbe abstrakte Schuld haftbar machen dürfe, weil die Verknüpfung einer nicht abstrakten Schuld mit dem dinglichen Recht nur durch die Umwandlung der Grundschuld in eine Hypothek in befriedigender Weise möglich sei. Er geht davon aus, daß § 1192 BGB. nur von der der Grundschuld zugrunde liegenden abstrakten und nicht von einer völlig außerhalb stehenden gewöhnlichen Forderung spricht. Nach ihm entsteht jene abstrakte Schuld ebenso wie die Grundstückshaftung regelmäßig durch Einigung des Gläubigers und des Eigentümers und durch Eintragung in das Grundbuch. Er will daher den § 1192 BGB. berichtigend folgendermaßen fassen:

> „Auf die Grundschuld finden die Vorschriften über die Hypothek entsprechende Anwendung, soweit sich nicht daraus ein anderes ergibt, daß die Grundschuld keinen Schuldner, sondern nur ein abstraktes Bekommensollen voraussetzt."

Diesem Standpunkt Trobitzschs entspricht seine Auffasung des Instituts der Eigentümergrundschuld und Eigentümerhypothek. Er sieht in ihnen keine wahre Grundschuld oder Hypothek, sondern lediglich das durch Eintragung in das Grundbuch gesicherte Recht des Eigentümers, künftig Hypotheken und Grundschulden mit gewissem Range zu begründen, wobei in der Zwangsversteigerung für den Eigentümer, solange er von diesem Recht noch keinen Gebrauch gemacht hat, bestimmte andere dem eingetragenen Range und eingetragenen Werte entsprechende Ansprüche entstehen.

Dieser Auffassung entsprechend würde nach Trobitzsch § 1163 Absatz 1 Satz 1 in Anwendung auf die Grundschuld lauten:

---

[15]) a. a. O. Seite 21.

„Ist die Schuld, für die das Grundstück haften soll, nicht zur Entstehung gelangt, so steht die Grundschuld dem Eigentümer zu."

Da es sich nach seiner Auffassung hier immer nur um die abstrakte Schuld handelt, so fällt nach ihm die Frage nach der Entstehung des dinglichen Rechtes mit der Frage nach der Entstehung der Schuld zusammen.

Trobitzsch wirft daher die Frage auf, ob der Eigentümer die Grundschuld erwirbt, die zwar formell richtig eingetragen, aber infolge mangelnder Einigung unwirksam ist. Trotzdem nämlich in der zweiten Kommission der Antrag, für den Fall, daß eine unwirksame Hypothek eingetragen und die Unwirksamkeit aus dem Grundbuch nicht ersichtlich ist, dem Eigentümer das Recht einzuräumen, eine andere Hypothek anstelle der unwirksamen eintragen zu lassen, abgelehnt worden ist, weil man darin mit Recht eine „Überspannung" des Prinzips der Eigentümerhypothek erblickte [16]), so wird in der Literatur doch die Auffassung vertreten, daß auch bei Mängeln des dinglichen Vertrages eine Eigentümergrundschuld entstehe, mithin die Entstehung einer Eigentümerhypothek nicht voraussetze, daß früher eine gültige und wirksame Gläubigerhypothek vorhanden gewesen ist. Die Vertreter dieser Ansicht [17]) weisen auf die Inkonsequenz hin, die darin liegen solle, daß bei Nichtigkeit der Forderung eine Eigentümerhypothek entsteht, bei Nichtigkeit der Einigung — des dinglichen Vertrages — jedoch nicht entstehen soll, zumal man häufig nicht werde erkennen können, ob nur das Schuldverhältnis oder auch der dingliche Vertrag von dem Willensmangel betroffen werde. — Schilde und Fuchs begründen jene Ansicht damit, daß es zur Entstehung einer Eigentümergrundschuld genügen müsse, wenn die Voraussetzungen des § 1196 BGB. vorliegen, nämlich die Eintragung und die auf die Entstehung einer Eigentümergrundschuld gerichtete einseitige Erklärung des Eigentümers. Diese sei aber in jeder Erklärung, für einen anderen eine

[16]) Vergl. Protokolle III Seite 603, 704.

[17]) Dernburg: Sachenrecht III S. 218 § 221 Ziffer II 2. Oberneck: Grundbuchrecht § 116 No. 1b. — Scholde: Unrichtigkeit des Grundbuchs S. 31—33. Fuchs: S. 520—22, Vorbemerkung 5 vor § 1163. Goldschmidt, im Archiv für bürgerliches Recht 20 Seite 29 f.

Hypothek zu bestellen, rechtsnotwendig enthalten. Denn in jeder Hypothekenbestellung liege zugleich die Bestellung einer eventuell zur Geltung kommenden Eigentümergrundschuld. Daher genüge zur Entstehung der Eigentümerhypothek neben der Eintragung eine an sich gültige Verfügung des Eigentümers und es sei unschädlich, daß der dingliche Vertrag nicht zustande gekommen, nichtig oder angefochten sei. — Dernburg[18]) spricht den Wunsch aus, die Praxis möge sich entschließen, auch im Falle der Unwirksamkeit der Hypothek ein Einrücken des Eigentümers nach Analogie des § 1163 BGB. anzunehmen. — Die herrschende Ansicht[19]) lehnt diese Auffassung aber mit Recht ab, weil das Bürgerliche Gesetzbuch zur Bestellung einer Hypothek nie eine einseitige Erklärung anstelle der Einigung für genügend hält. Und Horn[20]) fragt, ob denn aus der lege lata durchaus nicht zu billigenden Bestimmung des § 1163 Abs. 1 Satz 1 gefolgert werden müsse, daß eine noch anfechtbarere Bestimmung in das Gesetz hineinzutragen sei. — Da auch Trobitzsch sich in dieser Frage der herrschenden Ansicht anschließt, liegt für ihn hierin eine Unterstützung seiner Rechtsansicht, nach der § 1163 Abs. 1 Satz 1 BGB. auf die Grundschuld unanwendbar ist. Damit ist für ihn die Frage nach der entsprechenden Anwendbarkeit des § 1163 Abs. 1 Satz 1 des BGB. auf die Grundschuld im verneinenden Sinn gelöst.

Wie schwierig die hier zu entscheidende Frage ist, beweist auch der Streit über die entsprechende Anwendbarkeit des § 1163 Absatz 1 Satz 2 BGB. auf die Grundschuld. Er würde in entsprechender Anwendung lauten:

„Erlischt die Forderung, so erwirbt der Eigentümer die Grundschuld."

Nach Trobitzsch ist § 1163 Absatz 1 Satz 2 auf die Grundschuld aus dem Grunde anwendbar, weil das abstrakte Bekommensollen wie die Forderung erlöschen könne. Dagegen werde die Grundschuld im Falle der Tilgung der ihr zugrunde liegenden

---

[18]) a. a. O. Seite 603.

[19]) Vergl. die von Kober, b/Staudinger zu § 1163 II 1b zit. Literatur S. 848.

[20]) a. a. O. S. 75.

Schuld nicht unbedingt zur Eigentümergrundschuld [21]). Die sei nur dann unbedingt der Fall, wenn es sich um eine Zahlung der „Grundschuld" selbst handle [22]). Eine befriedigende Begründung hierfür werde man nur geben können, wenn man sich für die Anwendbarkeit des § 1163 Absatz 1 Satz 2 BGB. auf die Grundschuld erkläre.

Demgegenüber ist Kober [23]) der Ansicht, daß § 1163 Absatz 1 Satz 2 nur für den Fall entsprechend anzuwenden sei, daß der Eigentümer des Grundstücks durch Tilgung der Grundschuld selbst den Gläubiger befriedigt [24]). Dagegen lehnt er in den übrigen Fällen des Erlöschens der Forderung die entsprechende Anwendung jener Vorschrift ab und ist der Meinung, daß der Eigentümer die Grundschuld auch hier erst durch den Verzicht oder die Übertragung seitens des Gläubigers erwerben könne.

Der Kommentar von Reichsgerichtsräten [25]) lehnt die entsprechende Anwendung des § 1163 Absatz 1 Satz 2 BGB. auf die Grundschuld überhaupt ab, also auch für den Fall, daß der Eigentümer den Gläubiger befriedigt. In diesem Falle entstehe zwar eine Eigentümergrundschuld, aber nicht auf Grund der §§ 1163, 1192 BGB., sondern auf Grund der §§ 1142/43 BGB. — Demgegenüber weist Trobitzsch [26]) darauf hin, daß § 1143 nur von der Ausgleichungspflicht zwischen dem Eigentümer und dem von ihm verschiedenen persönlichen Schuldner handelt, so daß es zweifelhaft erscheinen muß, ob § 1143 auf Grundschulden paßt [27]).

Dagegen wird die Frage nach der Anwendbarkeit des § 1163 Absatz 1 Satz 1 BGB. auf die Grundschuld in der Literatur vielfach unbedingt bejaht.

---

[21]) Vergl. § 1150, 268 BGB.

[22]) Vergl. für die preußische Grundschuld RG. Band 60 S. 251.

[23]) Anm. 5b zu § 1192 bei Staudinger.

[24]) Unbeschadet der Vorschrift des § 1173 für Gesamtgrundschulden und des § 1176 bei teilweiser Befriedigung.

[25]) Anmerkung 1 zu § 1192 S. 1144.

[26]) a. a. O. Seite 32.

[27]) Vergl. Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts Bd. 35 AS. 327 und Kammergericht in Entscheidungen FG. Bd. 9 S. 125, dagegen: Eberhardt in Meckl. Zeitschrift Band 27 (1909) S. 265.

In erster Linie hat sich Jaeckel[28]) für diese Anwendbarkeit ausgesprochen. Er stellt die Anwendbarkeit auf den Willen der Beteiligten ab. Wenn nämlich die Grundschuld nach dem Willen der Beteiligten in derselben rechtlichen Beziehung zu einer persönlichen Forderung stehen soll, die vom Gesetz als Regel bei der Hypothek vorausgesetzt werde, so sei die entsprechende Anwendung der für die Hypothek geltenden Vorschrift wegen der Gleichartigkeit des Rechtsverhältnisses geboten. Dies sei rechteigentlich ein Fall der Gesetzesanalogie.

Güthe[29]) bejaht die Anwendbarkeit des § 1163 Absatz 1 Satz 2 auf die Grundschuld, weil diese Vorschrift der Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes sei, der mit dem Unterschied zwischen Hypothek und Grundschuld nichts zu tun habe. Die Entstehung des Gläubigerrechts sei möglich auch ohne wirkliche Entstehung der persönlichen Forderung, denn in der Hand eines gutgläubigen Erwerbers trete die Grundschuld gemäß § 1138 BGB. ins Leben. Trotz der Vorschrift des § 1163 Absatz 1 könne nämlich die Hypothek, da sie auch für künftige und bedingte Forderungen zugelassen sei, (§ 1113 Absatz 2 BGB.) allein durch Einigung und Eintragung völlig unabhängig von der Entstehung der Forderung dem Gläubiger zufallen. — In Übereinstimmung damit führt er im Kommentar zum Zwangsversteigerungsgesetz[30]) aus, daß auch bei Nichtvalutierung einer Grundschuld, gleichviel ob sie von den Beteiligten mit einer Forderung in Verbindung gebracht sei oder nicht, eine Eigentümergrundschuld entstehe und nicht ein Vorrücken der nachstehenden Berechtigten stattfinde. Denn im bürgerlichen Recht sei die Aufrechterhaltung des Rangrechtes zugunsten des Eigentümers im Falle des Wegfalls des Gläubigerrechts fast ausnahmslos durchgeführt; die sich aus § 1163 Absatz 1 ergebende Bedeutungslosigkeit der Forderung hierfür beweise, daß der Satz auch bei der Grundschuld anwendbar sei.

---

[28]) i/Gruchot, Band 50 Seite 604.
[29]) in deutsch. Jur.-Zeitung 1908 S. 920 f.
[30]) Seite 218.

Dernburg[31]) sieht in der Verneinung der Anwendbarkeit des § 1163 auf die Grundschuld eine bloße Wortauslegung des Gesetzes. Die Unrichtigkeit jener Ansicht beweise insbesondere § 1198 BGB., wonach eine Hypothek in eine Grundschuld und eine Grundschuld in eine Hypothek verwandelt werden könne, ohne daß hierzu die Zustimmung der im Range gleich oder nachstehenden Berechtigten erforderlich sei. Die Beteiligten hätten es also in der Hand, die nicht valutierte Grundschuld in eine Hypothek zu verwandeln und so die Rechtslage der nachstehenden Berechtigten willkürlich zu verschlechtern. Eine solche Willkür könne aber unmöglich im Sinne des Gesetzes liegen.

Aehnliche Bedeutung haben die Ausführungen Hachenburgs[32]). Auch nach ihm ist die Anwendbarkeit des § 1163 Absatz 1 Satz 1 auf die Grundschuld davon abhängig, daß der dingliche Anspruch mit einer Forderung verbunden sei. Dies gehe aus den §§ 1168, 1170, 1163 Abs. 2 BGB. hervor. Insbesondere sei es inkonsequent, bei Zahlung der Grundschuld eine Eigentümergrundschuld[33]) entstehen, für den Fall der Nichtvalutierung der Grundschuld aber die nachstehenden Gläubiger aufrücken zu lassen[34]).

Oberneck[35]) hält das im § 1163 aufgestellte Prinzip für ein rein sachenrechtliches, das unabhängig von der Forderung sei. Denn in ihm sei der sachenrechtliche Grundsatz von der Ausschließung des Vorrückens der nachstehenden Realgläubiger ausgesprochen, das Prinzip der Aufrechterhaltung der dinglichen Belastung zugunsten des Eigentümers. Nach ihm hat jeder Hypothekengläubiger nur insofern ein Recht am ganzen Grundstück, als er das dingliche Verkaufsrecht in Ansehung des ganzen Grundstücks hat,

---

[31]) Das bürgerliche Recht d. deutsch. Reichs und Preußen, das Sachenrecht des deutschen Reichs und Preußens. 4. Aufl. Halle/S. 08 S. 824.

[32]) Deutsche Jur.-Zeitung 1906 S. 297, Recht 1906 Seite 857.

[33]) Vergl. RG. Band 60 Seite 251.

[34]) Zimmermann (a. a. O. S. 219) weist darauf hin, daß die von Hachenburg angezogene Entscheidung des RG. sich auf die für das BGB. nicht verwertbaren Bestimmungen des Preuß. Eigentumserwerbsges. stützt.

[35]) Grundbuchrecht II, 2 S. 469 (im Gegensatz zu seiner Auffassung in Gruchot, Bd. 50 Seite 575.

während er in Bezug auf die Befriedigung auf eine bestimmte Wertquote angewiesen sei. Nur dieser Wert „sei der juristische Gegenstand des Hypothekenrechts“ [36]). Denn der Hypothekenverkehr erfordere feste Größen, die nicht durch das Erlöschen einer vorstehenden Post geändert werden könnten.

Oberneck zieht dann auch die Konsequenz, daß auch bei Nichtentstehen des dinglichen Rechts ein Aufrücken der nachfolgenden Hypothekengläubiger nicht stattfinde, sondern auch in diesem Falle eine Eigentümergrundschuld entstehe [37]).

Auch Kindl [38]) hält den § 1163 Absatz 1 Satz 2 auf die Grundschuld für anwendbar. Man dürfe sich die Grundschuld nicht als „Sachhaftung ohne Forderung“ vorstellen, sondern als ein durch die Sachhaftung gedecktes Forderungsrecht, für das eine Vermögenshaftung überhaupt nicht existiere oder nicht eingetragen sei. Die Grundschuld unterscheide sich nur dadurch von der Hypothek, daß bei dieser auch eine Vermögenshaftung existiere und eingetragen sei. Dabei versteht Kindl die im § 1192 erwähnte Forderung als die Forderung im gewöhnlichen Sinne, als das durch die Vermögenshaftung gesicherte Forderungsrecht. § 1163 Absatz 1 Satz 2 BGB. handle aber nur von dem Schicksal der Sachhaftung und spreche nicht von der bei der Hypothek zu gleicher Zeit vorhandenen Vermögenshaftung.

Unklar ist die Stellung Kobers in der neuen 7./8. Auflage bei Staudinger. In der Anmerkung 5a zu § 1192 (Seite 977) wird die Ansicht gebilligt, daß bei Nichtvalutierung der Grundschuld eine Eigentümergrundschuld entsteht. Begründet wird diese mit der Erwägung, daß das Bürgerliche Gesetzbuch allgemein grundsätzlich das Rangrecht im Falle des Wegfalls des Gläubigerrechts zugunsten des Eigertümers stets aufrecht erhalten wolle und kein Grund ersichtlich sei, warum eine Ausnahme gerade hier aus dem Umstand

---

[36]) Sogenannte Wertteilstheorie, die zusammenhängt mit dem Prinzip des festen Ranges.

[37]) Reichsgrundbuchrecht § 116 No. 1 b[b]. Ebenso Dernburg: Sachenrecht § 121 Ziffer 2. Fuchs: in Bemerkg. 5. Schilde: Unrichtigkeiten des Grundbuchs S. 32 f. Jacobi: in Blättern für Rechtsanwendung.

[38]) Festgabe der jur. Gesellsch. zu Berlin für Koch S. 575 f. (S. 108.)

hergeleitet werden könnte, daß die Grundschuld eine Forderung nicht voraussetze[39]). Dagegen ist in Anmerkung 1b[a] zu § 1191 BGB. und in Anmerkung 4b[b] zu § 1192 ausgeführt, daß zwar die persönliche Forderung nicht ganz ohne Einfluß auf das dingliche Recht bleibt, aber daß, wenn sie nicht entstanden sei, immer nur ein persönlicher Anspruch des Eigentümers auf Rückgewähr gegen den Grundschuldgläubiger entstehe.

Die Lösung des Problems wird sich allein aus dem Unterschied zwischen der Hypothek und der Grundschuld nicht überzeugend herleiten lassen. Denn die Begriffe Hypothek und Grundschuld sind trotz der überaus sorgfältigen Regelung des Rechtsinstituts selbst durch das Bürgerliche Gesetzbuch nicht so plastisch herausgearbeitet, daß sie als authentische Interpretation des Willens des Gesetzgebers dienen könnten.

Zur Entscheidung der hier aufgeworfenen Frage nach der Anwendbarkeit des § 1163 BGB. auf die Grundschuld ist ein Eingehen auf die geschichtliche Entwicklung und den Zweck der Eigentümerhypothek nicht zu umgehen. — Zwar wird sich auch aus der Regelung, die dieses Institut im Gesetz gefunden hat, ein überzeugender Beweis von der Anwendbarkeit des § 1163 BGB. auf die Grundschuld nicht herleiten lassen. Denn auch die rechtliche Natur der Eigentümerhypothek ist äußerst bestritten, da der Gesetzgeber ihre juristische Konstruktion der Wissenschaft überlassen hat. Klar ist nur der wirtschaftliche Zweck des Rechtsinstituts. Diesem geben die Protokolle[40]) mit dem Gedanken Ausdruck, daß der, der auf eine zweite oder dritte Stelle Geld ausleiht, regelmäßig nicht darauf rechnen könne, daß die ihm vorgehende Hypothek in Wegfall komme. Der Gläubiger werde sich für die mindere Sicherheit andere Vorteile, insbesondere einen höheren Zinssatz ausbedingen.

Würde der nachstehende Gläubiger beim Wegfall einer vorgehenden Hypothek in die frei gewordene bessere Rangstelle vorrücken, „so wäre dies für ihn ein bei der Begründung der Hypothek

---

[39]) Es wird dabei auf Güthe in deut. Juristenzeitg. S. 908, auf Oberneck, Bd. 281 S. 469 f. und endlich unzutreffend auf Strohal, in Jherings Jahrbüchern Bd. 59 S. 49 verwiesen.

[40]) Vergl. Protokolle III, S. 600/01.

nicht in Rechnung gezogener Vorteil“ [41]). Anderseits wäre der Eigentümer benachteiligt; denn wenn er dieselbe Geldsumme von einem neuen Geldgeber aufnehmen wolle, so könnte er diesem die Hypothek nur an letzter Stelle einräumen, „nicht aber könnte er ein weiteres Kreditbedürfnis unter den der frei gewordenen besseren Stelle entsprechenden Bedingungen befriedigen“ [42]).

Um dem Eigentümer zu ermöglichen, dieselbe Sicherheit, die eine vorgehende Hypothek dem Gläubiger bot, auch einem neuen Gläubiger einzuräumen, läßt das Gesetz die Hypothek auf den Eigentümer übergehen. — Da aber nach formellem Grundbuchrecht (§ 19 Grundbuchordnung) eine Eintragung erfolgt, wenn derjenige sie bewilligt, dessen Recht von ihr betroffen wird, ist in §§ 1183, 1192 BGB. und § 27 Grundbuchordnung bestimmt, daß Grundbuchrechte nur mit Zustimmung des Eigentümers gelöscht werden dürfen, um so zu verhindern, daß der Gläubiger durch seinen einseitigen Antrag auf Löschung der Hypothek das Entstehen eines Eigentümerpfandrechts ausschließt.

Der wirtschaftliche Zweck des Instituts ist mithin der, dem Eigentümer die Möglichkeit zu geben, die Hypothek als ein selbständiges Gut für sich weiter zu verwerten, insbesondere aber der, ein durch nichts gerechtfertigtes Vorrücken der Nachhypothekare in der Regel definitiv auszuschließen. Da das Vorrücken der Nachhypothekare vor der Schaffung der Eigentümerhypothek als ein begriffliches Element der Hypothek anzusehen war, so muß in dem Ausschluß dieses Vorrückens durch das Institut der Eigentümerhypothek sogar deren Schwerpunkt erblickt werden.

Dem deutschen Privatrecht ist nämlich das Institut des Eigentümerpfandrechts bis in das 19. Jahrhundert fremd geblieben. So bestimmt noch ALR. I Tit. 2 § 140:

> „Wenn ein dingliches Recht auf die Sache bloß zur Verstärkung eines persönlichen Rechts bestellt worden ist, so geht mit der Erlöschung des letzteren auch das erstere unter.“

Und I Tit. 20 § 55:

---

[41]) Denkschrift S. 146.
[42]) Denkschrift S. 146.

„Das Pfandrecht erlischt, insonderheit alsdann, wenn der Anspruch, für den die Sicherheit gestellt worden ist, erledigt wird."

Und endlich I Tit. 16 § 476:

„Wenn die Rechte des Gläubigers und Verbindlichkeiten des Schuldners in einer Person zusammentreffen, so werden beide durch die Vereinigung aufgehoben."

Den äußeren Anlaß zur Schaffung des Rechtsinstituts gab folgender Vorfall:

Im Jahre 1801 erwarb ein Vormund für sein Mündel ein Grundstück, auf dem bereits eine Hypothek für das Mündel eingetragen war. Das Vormundschaftsgericht berichtete infolgedessen an die Gesetzeskommission mit der Anfrage, ob die Hypothek für den Mündel noch bestehe. Die Gesetzeskommission entschied, daß diese noch bestehe und schuf den Anhangsparagraphen 52 zu § 484 I 16 [43]):

„Hypothekenrechte werden nicht durch die bloße Vereinigung ihres Eigentums mit dem Eigentum des verpflichteten Grundstücks in einer Person aufgehoben, solange nicht eine, von dem Antrage des Besitzers abhängende Löschung erfolgt ist und kann der Besitzer bis dahin ein solches Hypothekenrecht gültig an einen anderen abtreten."

Und die Deklaration des § 52 des Anhangs vom 3. April 1824 beseitigte dann die entstandene Streitfrage, ob der § 52 auch dann Anwendung finde, wenn von dem Eigentümer des Grundstücks die Zahlung der darauf eingetragenen Forderung erfolgt ist, indem er seine Anwendbarkeit auch auf diesen Fall aussprach.

Hiernach war die Eigentümerhypothek zunächst für zwei Fälle anerkannt:

1. Bei Vereinigung des dinglichen Rechts mit dem Eigentum in einer Hand,
2. bei Erlöschen der Forderung infolge der Befriedigung durch den Eigentümer.

Der hier zuerst sich zeigenden Tendenz, den Hypothekengläubiger auf den ihn bei der Eintragung in das Hypothekenbuch zu-

[43]) Gehört in Wirklichkeit zu § 482.

gewiesenen Rang anzuweisen, suchten andere Staaten durch Einführung des Systems der „festen Posten" gerecht zu werden. Nach diesem System ist der Rang einer Hypothek von Anfang an fest bestimmt, so daß auch durch die Löschung einer voreingetragenen Hypothek daran nichts geändert wird; jene Stelle bleibt eben offen. In der Verfügung der offenen Stellen durch den Eigentümer liegt aber die Begründung einer neuen Hypothek, die mit der alten gelöschten Hypothek in keinem Zusammenhange steht.

Weiter ausgebaut wurde das Institut durch die mecklenburgische Gesetzgebung, nämlich durch die revidierte Hypothekenordnung für die Landgüter vom 18. Oktober 1848, § 16 Ziffer 1—4:

1. Durch die Eintragung einer Hypothek im Hypothekenbuch entstehen nicht bloße Sicherheitsrechte für eine persönliche Verhaftung des die Eintragung Beantragenden, sondern selbständige dingliche Belastungen des Grundstücks.
2. Der Antrag auf Eintragung ist durch eine solche persönliche Verhaftung nicht notwendig bedingt, vielmehr bleibt dieser wegen der Vereinbarung den Beteiligten überlassen.
3. Ein späterer Eigentümer des belasteten Grundstücks ist als solcher nicht verhaftet.
4. Der zeitige Eigentümer kann für sich selbst und auf seinen eigenen Namen eintragen lassen, auch dürfen eingetragene Forderungen auf ihn zediert und umgeschrieben werden.

Durch diese Bestimmungen ist zunächst der Hypothek ihr akzessorischer Charakter genommen und ferner, abweichend von dem heutigen Recht, die Möglichkeit geschaffen, eine Hypothek von vornherein als Eigentümerhypothek auf den Namen des Eigentümers einzutragen. Endlich ist der Grundsatz anerkannt, daß dingliche Rechte durch Vereinigung mit dem Eigentum nicht erlöschen.

Dem durch die mecklenburgische Gesetzgebung bewirkten Fortschritt folgte 25 Jahre später Preußen mit dem Gesetz über den Eigentumserwerb und die dingliche Belastung der Grundstücke vom 5. Mai 1872. Nur erscheint hier jene selbständige Hypothek des mecklenburgischen Rechts als Grundschuld. — § 27 des Gesetzes bestimmt:

„Der Eigentümer erlangt durch den Eintrag einer Grundschuld auf seinen Namen das Recht, über diese Grundschuld zu verfügen und auf dritte Personen die vollen Rechte eines Grundschuldgläubigers zu übertragen."

Und § 28:

„Der Eigentümer erlangt an der auf seinen Namen eingetragenen Grundschuld alle Rechte eines Grundschuldgläubigers, wenn er das Eigentum des Grundstücks abgetreten hat."

Daneben wird aber auch für die beibehaltene unselbständige Hypothek das Institut der Eigentümerhypothek ausgebaut, denn §§ 64—66 bestimmen:

„Der Eigentümer, der eine Hypothek oder Grundschuld zahlt oder sonst tilgt, erlangt die Befugnis, nach seiner Wahl Quittung oder Löschungsbewilligung oder Abtretung ohne Gewährleistung zu verlangen und die Post auf seinen Namen umschreiben zu lassen oder über sie zu verfügen."

„Der Eigentümer, der die Hypothek oder Grundschuld von Todes wegen erwirbt, hat die erwähnten Rechte."

„Der Gläubiger, der das Pfandgrundstück erwirbt, hat das Recht, die Hypothek oder Grundschuld auf seinen Namen stehen zu lassen oder über sie zu verfügen."

Eine außerordentliche Ausbildung hat das Institut der Eigentümerhypothek dann erst durch das bürgerliche Gesetzbuch erfahren. Denn das bürgerliche Recht läßt die Eigentümerhypothek nicht nur bei der Verkehrshypothek und der Grundschuld entstehen, wobei es gleichgültig ist, ob es sich um ein Brief- oder Buchpfandrecht handelt, sondern auch bei einer gewöhnlichen Sicherungs- und bei der sogenannten Höchstbetragshypothek. Außer dieser Ausdehnung der Eigentümerhypothek auf alle Arten der Grundpfandrechte hat das bürgerliche Recht den Kreis der Fälle, in denen die Eigentümerhypothek entsteht, wesentlich erweitert, gleichwohl aber die rechtliche Natur der Eigentümerhypothek dahingestellt gelassen.

Es fragt sich daher, ob die Möglichkeit gegeben ist, aus den zahlreichen Theorien über die Eigentümerhypothek einen Anhalt für die Entscheidung der Frage zu gewinnen, ob § 1163 BGB. auf die Grundschuld entsprechende Anwendung finden muß.

Nach einigen Schriftstellern ist sie eine echte Belastung; nach anderen nichts anderes als „ein Recht des Eigentümers und alles eher als eine wirkliche Hypothek." So bildet sie nach der Ansicht Kindl's [44]) „die Summe der Befugnisse, die aus einer aufgehobenen aber nicht gelöschten Hypothek in das Eigentum zurückgekehrt" oder aus einer eingetragenen aber nicht gültigen Hypothek beim Eigentümer „zurückgeblieben" sind."

Ähnlich erblickt Endemann [45]) in der Eigentümerhypothek ihrer materiellen Natur nach weder Hypothek noch Grundschuld sondern Eigentumsrecht „in der besonders ausgeprägten Gestalt eines Ausschließungsrechts" gegenüber den der offenen Stelle im Range nachstehenden Grundpfandrechten. — Endemann folgert seine Rechtsansicht daraus, daß das auf die unbeschränkte Rechtsmacht an der Sache abgestellte Eigentumsrecht auch nicht in einzelnen Beziehungen seinem Inhalt nach ein begrenztes Recht sein könne. Der Rechtsschutz sei nur so zu erlangen, daß das Eigentumsrecht die Gestalt eines dem Grundpfandrecht ebenwertigen Rechts annehme und nach der Art der begrenzten Rechte einen bestimmten Rang einnehme, obgleich das Eigentumsrecht selbst ranglos sei und durch die begrenzten Rechte Dritter sonst zurückgedrängt werde.

Demgegenüber weist Horn [46]) darauf hin, daß ein Eigentumsrecht, von dem fingiert werde, daß es ein Grundpfandrecht sei, welches zu der Gestalt eines den Grundpfandrechten ebenwertigen Rechts und zum Range desselben seine Zuflucht nehmen müsse, um anderen Hypotheken entgegenwirken zu können, weit eher ein Pfandrecht als ein Eigentumsrecht sein dürfte.

Nach Bruck [47]) ist sie die Zurückgewinnung eines ideellen Wertteils, der gehaftet hat, während nach der von Dernburg aufgestellten sogenannten Sukzessionstheorie [48]) der Eigentümer in die frei werdende Hypothek eintritt [49]).

---

[44]) Die Eigentümerhypothek, 1903 in der Festgabe der juristischen Gesellschaft zu Berlin für Koch.

[45]) Band 2 Seite 735 f.

[46]) a. a. O. Seite 64.

[47]) Eigentümerhypothek 1903 S. 154.

[48]) Vergl. Dernburg: bürgerl. Recht Bd. 3 § 218.

[49]) Vergl. auch Dernburg: Preuß. Priv.-Recht 1879 S. 790/93.

Gierke[50]) erblickt die Lösung der Schwierigkeit in einer Unterscheidung der subjektiven und der objektiven Seite der Rechtsverhältnisse. Dem subjektiven Bestande nach sei das Eigentümerpfandrecht lediglich Eigentumsbestandteil, seinem objektiven Bestande nach aber sei es in Gestalt eines begrenzten dinglichen Rechts verselbständigt.

Nach Gierke gewährt die Eigentümerhypothek dem Eigentümer mithin keine Sachherrschaft, die nicht im Eigentume enthalten wäre. Dritten gegenüber erlange der Eigentümer keine sachenrechtliche Macht, die er nicht schon als „Eigentümer" hätte. — Dagegen werde der objektive Bestand eines vom Eigentümer getrennten besonderen Rechts am Grundstück gegeben. Der für ein Grundpfandrecht erforderliche Inhalt sei aus dem Eigentumsinhalt herausgehoben und als selbständiger Vermögensgegenstand konstituiert. Durch die Grundbucheinrichtung werde dieser rechtliche Sachzustand für jedermann ersichtlich gemacht und mit dinglicher Kraft begabt. So habe der Eigentümer einen abgesonderten Teil seines Grundvermögens in Pfandgestalt inne.

Demgegenüber weist Horn[51]) mit Recht darauf hin, daß der Eigentümerhypothekar, der die Erlösquote verlangt, auch im subjektiven Sinne Pfandrechtsbefugnisse geltend macht. Und zutreffend hebt er hervor, daß der Eigentümer auf Grund seines Eigentumsrechts gegen die nachfolgenden Realberechtigten nichts ausrichten könne; daß ihm eben um deswillen ein Pfandrecht gewährt werde, damit er die diesem Pfandrecht im Range nachstehenden Pfandrechte zurückdrängen könne.

Hirsch[52]) erblickt in der Eigentümerhypothek „die zu bestimmtem Teil und Rang im Grundbuch verlautbarte Subrogationsbefugnis des Eigentümers" und Predari[53]) „ein Wertrecht an eigener Sache, daß sich einerseits gegen andere Rechte am Grundstück, anderseits durch die Möglichkeit seiner Veräußerung an Dritte betätigt und auf Aneignung des im Verfahren der Zwangsvollstreckung ermittelten Wertes in bestimmter Höhe gerichtet ist."

---

[50]) Gierke: Deutsch. Priv.-Recht 1905 II Seite 121/23.
[51]) a. a. O. Seite 67.
[52]) Hirsch: im Archiv für bürgerl. Recht XXV Seite 225.
[53]) Grundbuchrecht Seite 217.

Nach Horn[54]) haben wir in der Hypothek des Eigentümers und in der eigentlichen Eigentümerhypothek (welche richtiger als Eigentümergrundschuld zu bezeichnen ist) eine wegen Vereinigung der forderungsbekleideten oder der forderungsentkleideten Hypothek mit dem Eigentum in einer Hand unvollkommene Hypothek oder nicht vollwirksame Grundschuld zu erblicken, welche dem Eigentümer jüngeren Pfandrechten gegenüber die negativen, defensiven, aber nicht die positiven aktiven Befugnisse eines besseren vorangehenden Pfandrechtes gewährt. Die letzteren würden darin liegen, die Pfandklage anzustellen, die Zwangsvollstreckung des Gutes iure pignoris zu erwirken, während die ersteren nur darauf beruhen, dem Eigentümer die Verfügung über die Hypothek oder Grundschuld, in welche er eingerückt ist, zu belassen und sowohl durch den Bestand des Eigentümerpfandrechts, als auch durch die Möglichkeit seiner Übertragung, das Vorrücken nachfolgender Hypotheken sowie einen Anspruch derselben auf die evtl. auf die Eigentümerhypothek entfallende Erlösquote auszuschließen. Da hiermit dem Eigentümer gegenüber den nachfolgenden Realberechtigten ein über den Inhalt des Eigentumsrechts hinausgehender Vorteil geboten wird, kann nach der Ansicht Horns die Steigerung der Machtbefugnisse des Eigentümers nur durch die Annahme eines dem Range nach besseren, in seinen aktiven Befugnissen zwar suspendierten, in seinen Defensivwirkungen jedoch erkennbaren Pfandrechts erklärt werden. Er erblickt also in der Hypothek des Eigentümers eine wirkliche Hypothek und eine wirkliche Grundschuld und erkennt nur an, daß deren volle Rechtswirkungen während der Dauer der Vereinigung vom Eigentum und Pfandrecht in einer Hand suspendiert sind. Dabei polemisiert Horn gegen die uns hier interessierende Bestimmung des § 1163 Absatz 1 Satz 1 BGB[55]). Denn das Gesetz habe ursprünglich die Tendenz gehabt, an der akzessorischen Natur des Pfandrechts festzuhalten, und es hätte folgerichtig für diesen Fall für den Ausschluß, anstatt für die Zulassung der Eigentümerhypothek eintreten müssen. — Man hätte sagen können[56]):

[54]) Studien zur Erläuterung des bürgerl. Rechts. Herausgegeben von Dr. Rudolf Leonhardt 1906, Heft 19, S. 41.

[55]) Vergl. Seite 35 f.

[56]) Vergl. Seite 38 f.

„Da die Forderung nicht zur Entstehung gelangt ist, so liegt überhaupt nichts vor; da es ein juristisches Vacuum nicht gibt, so müssen die nachfolgenden Hypotheken vorrücken."

Denn dann hätte man den Grundsatz des § 1113 der akzessorischen Natur der Hypothek wenigstens nicht verleugnet, wenngleich der Fehler wieder dadurch gemindert werde, daß der Eigentümer nur eine Eigentümergrundschuld erhält und damit nicht die Hypothek, sondern nur die Belastung von der Forderung für unabhängig erklärt wird. Durch diese Bestimmung lasse das Gesetz das aufgegebene Prinzip der festen Stellen durch eine Hintertür wieder herein. — Horn wirft die Frage auf, zu welchem Zweck denn der Gesetzgeber die Grundschuld eingeführt habe, wenn die Forderung für die Hypothek im wesentlichen bedeutungslos sei und etwa nur zur Legitimation für den Anspruch auf Befriedigung aus dem Grundstück dienen solle. Und energisch bekämpft er die Ausführungen von Lange[57]), daß das Erlöschen oder Nichtentstehen einer Forderung in keinem Fall auf die dingliche Belastung einen Einfluß haben könne, weil es in diesen Fällen immer nur an einem Berechtigten fehle, sodaß folgerichtig nunmehr das Recht immer dem Eigentümer zufallen, d. h. ein Eigentümerpfandrecht entstehen müsse. Grundlage jeder pfandrechtlichen Belastung, gleichgültig ob Hypothek oder Grundschuld, sei eben das Eigentümerpfandrecht. Horn schließt sich daher v. Schwind[58]) an, der darüber sagt:

„Diese Beweisführung, die von der Eigentümerhypothek ihren Ausgang nimmt und in ihr den Schlüssel für die Erklärung des gesamten Hypothekenproblems erblickt, muß Befremden erregen gegenüber der bisherigen Doktrin, in der schon die Frage, ob die Eigentümerhypothek überhaupt als Hypothek gelten darf, nichts weniger als gesichert war. Nach dieser Anschauung kommen Hypothek und Grundschuld in allem überein, sie sind wesentlich das Gleiche, nur daß die eine mit, die andere ohne Angabe der causa eingetragen wird, ein Unterschied, der aber für den weiteren Bestand nicht die geringste Bedeutung haben soll. Dafür kann doch vernünftigerweise niemand zwei Rechte schaffen."

---

[57]) Bruno Lange: Eigentümerhypothek 1901 Seite 28—31.

[58]) v. Schwind: Wesen und Inhalt des Pfandrechts S. 113 I A und S. 114.

Dem ist entgegenzuhalten: Die Ansicht, daß Grundschuld wie Hypothek ursprünglich Eigentümerpfandrecht waren und wieder zum Eigentümerpfandrecht werden, sobald der Berechtigte fortfällt, mag eine sonderbare, nicht zu billigende Auffassung sein.

Diese Auffassung war aber nicht der Ausgangspunkt Langes, sondern nur eine von ihm aus der Bedeutungslosigkeit der Forderung für den Bestand des dinglichen Rechts gezogenen Folgerung. Der Ausgangspunkt aber bleibt richtig, daß die Entstehung der Forderung auch bei der Hypothek nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes für die Entstehung des dinglichen Rechts als solchen bedeutungslos ist und daß der begriffliche Unterschied zwischen der Hypothek und der Grundschuld damit nicht richtig gekennzeichnet ist, daß die Hypothek eine Forderung voraussetzt, die Grundschuld indessen nicht. — Die Schaffung der beiden Rechtsinstitute erklärt sich schon zur Genüge daraus, daß der Gläubiger bei der Hypothek in das persönliche Vermögen des Schuldners vollstrecken kann, während bei der Grundschuld eine derartige Haftung eines Schuldners mit seinem persönlichen Vermögen in der Regel ausgeschlossen ist.

Im übrigen wird gerade die Ansicht Horns über die Bedeutung des § 1163 BGB. dessen entsprechende Anwendung auf die Grundschuld gerechtfertigt erscheinen lassen. Während nämlich nach ihm das Gesetz weder das Prinzip der festen Stellen noch den Gedanken des freien Vorrückens der Hypothek unbedingt verwirklicht hat, vielmehr durch die beiden Extreme hindurch lavierend, einen von beiden Gesichtspunkten gleich verschiedenen dritten Weg eingeschlagen hat [59]), erblickt er doch gerade in dem § 1163 BGB. und zwar als der einzigen Gesetzesstelle einen wirklichen und inkonsequenten Rückfall in das Locusprinzip. Denn, so führt Horn aus, „nachfolgende Hypothekargläubiger werden dadurch nicht beeinträchtigt, daß der Eigentümer in vollwirksam gewesene Hypotheken, in getilgte jedoch nicht gelöschte und darum formell noch bestehende Posten sukzediert. Aber ihr Recht wird verletzt und gekränkt, wenn der Eigentümer auch in eine Hypothek einrücken darf, welche als wirksame Gläubigerhypothek von vornherein nie-

[59]) Vergl. Horn, a. a. O. Seite 58.

mals bestanden hat. — Wer diesen Standpunkt gleichwohl verteidigen will, kann denselben nur mit dem Prinzip der festen Stellen begründen [60])."

Diese Ausführungen beweisen gerade die Richtigkeit der Oberneck'schen Ansicht, daß gerade § 1163 BGB. den Grundsatz des Ausschlusses eines Vorrückens der gleich- oder nachstehenden Gläubiger enthält.

Für die Auslegung dieser Gesetzesstelle kann dann eben dahingestellt bleiben, ob das bürgerliche Recht den Rang (die Pfandstelle, Locus) als feste und immanente Qualität des einzelnen Hypothekenrechts, welcher seinen Wert ein für alle Mal bestimmt, ansieht, oder aber, ob der Rang einer einzelnen Hypothek nur der Ausdruck ihres jeweiligen Verhältnisses zu den derzeit vorhandenen sonstigen Hypotheken ist, sodaß bei Wegfall eines vorgehenden Pfandrechts das Nachrücken kraft rechtlicher Notwendigkeit erfolgt [61]).

Im § 1163 ist dann eben ein rein sachenrechtlicher Grundsatz enthalten, wobei sich die Erwähnung der Forderung nur aus dem Umstande erklärt, daß bei der Hypothek der Gläubiger durch die Beziehung zur Forderung legitimiert wird. Dann aber ist kein Grund vorhanden, ihn nicht entsprechend gemäß § 1192 auf die Grundschuld anzuwenden, zumal der Gesetzgeber ohne Zweifel beabsichtigt hat, die Eigentümergrundschuld weiter auszudehnen als die Eigentümerhypothek. Denn es wäre im höchsten Grade unverständlich und inkonsequent, bei der Hypothek das Vorrücken der Nachhypothekare auszuschließen, bei der Grundschuld aber eintreten zu lassen.

---

[60]) Vergl. hierzu Exner: Österr. Hypothekenrecht S. 674: „Wenn der österr. Gesetzgeber jedoch auch die Grundschuld adoptieren und an das Problem der Eigentümerhypothek herantreten sollte, wofür allerdings keine zwingende Veranlassung vorliegt, dann kann ich ihm zwar raten, die §§ 1143, 1168, 1169, 1170/71, vielleicht noch den § 1163 Abs. 1 S. 2, keinesfalls aber den § 1163 Abs. 1 Satz 1 in sein System aufzunehmen bezw. nachzubilden. Denn diese Gesetzesstelle zeigt einen Rückfall in das Locusprinzip, welches unter allen Umständen vermieden werden muß. Soll der Eigentümer in eine für den Eigentümer erledigte Post sukzedieren, dann muß vor allem eine für den Gläubiger rechtswirksame Hypothek bestanden haben."

[61]) Vergl. hierzu Exner: das österr. Hypothekenrecht Seite 464 f.

Nur die theoretisch unrichtige Auffassung der Grundschuld, daß sie eine Sachhaftung ohne Forderung sei, während sie in Wirklichkeit ein durch die Sachhaftung gedecktes Forderungsrecht darstellt, kann die entgegenstehende Auffassung erklären.

Grundschuld und Hypothek sind eben im Wesen gleich [62]). Die Hypothek bedingt nicht, daß eine Forderung besteht, die Grundschuld keineswegs, daß eine Forderung nicht besteht. Und in jeder Hypothek schlummert, wie Predari sich ausdrückt, die Grundschuld. Zwischen beiden Arten von Grundstücksbelastungen besteht in Bezug auf die Forderung nur der Unterschied, daß die Hypothek die causa benennt, die Grundschuld sie verschweigt. Im übrigen sind beide lediglich verschiedene Erscheinungsformen desselben dinglichen Rechts. Als dingliche Belastung ist die Hypothek von der Forderung ebenso unabhängig wie die Grundschuld. Die Forderung ist bei der Hypothek nur für die Individualisierung der Hypothek und Bestimmung des Inhalts und des Umfangs des Gläubigerrechts von Bedeutung [63]). Trotz Fortfalls der Forderung bleibt das dingliche Element in der Hypothek bestehen, wenn es auch in der Regel den Verlust des Rechts für den Gläubiger zur Folge hat. Nur die theoretische, begriffliche Abhängigkeit der Hypothek von der Forderung schließt er aus, daß der Eigentümer von vornherein eine Hypothek zu seinen Gunsten bestellen kann, während dies Bedenken aus denselben theoretischen Erwägungen für die Grundschuld entfällt.

Dieses Erkenntnis der Rechtsnatur der Grundschuld und der Umstand, daß die wahre Bedeutung des Rechtsinstituts der Eigentümerhypothek darin liegt, ein durch nichts zu rechtfertigendes Vorrücken der nachstehenden Realgläubiger zu verhindern und endlich die Erkenntnis, daß gerade § 1163 Absatz 1 Satz 1 BGB. vielleicht eine Überspannung dieses Grundsatzes bedeutet, muß die entsprechende Anwendbarkeit der Bestimmung auf die Grundschuld rechtfertigen. Für diese Anwendbarkeit ist es unerheblich, welcher Theorie über die rechtliche Natur der Eigentümerhypothek man

---

[62]) Vergl. GBO.: Predari S. 216. Hachenburg: Vorträge Seite 535 f.

[63]) Predari: a. a. O. Seite 219/220.

sich anschließt, denn aus ihnen ist jedenfalls ein Argument gegen die Anwendbarkeit der Vorschrift auf die Grundschuld nicht zu entnehmen. Und ebensowenig widerlegt man den Standpunkt Obernecks in dieser Frage dadurch, daß man seine moderne Wertteilstheorie, nach der die Belastung zwar das ganze Grundstück ergreift, aber die Liquidationsbefugnis des Hypothekengläubigers vermöge des System des festen Ranges auf eine bestimmte Wertquote angewiesen wird, oder die ihr zugrunde liegende ältere Wertparzellentheorie verwirft. Denn der Bestimmung, daß die Nichtentstehung der Forderung bei der Hypothek den Wegfall des Gläubigerrechts bewirkt und die Eigentümergrundschuld entstehen läßt, liegt allein der wirtschaftliche Gesichtspunkt zugrunde, das unberechtigte Aufrücken der Realgläubiger zu hindern, und dieser wirtschaftliche Gesichtspunkt besteht in gleicher Kraft für die Grundschuld. Zwar ist es richtig, daß aus dem wirtschaftlichen Zweck eines Rechtsinstituts das Rechtsinstiut zivilrechtlich nicht erklärt werden kann. Dagegen ist es unbedenklich, die analoge Anwendbarkeit einer gesetzlichen Bestimmung auf eine andere daraus zu folgern, daß sie aus demselben wirtschaftlichen Zweck geboten ist, vorausgesetzt, daß nicht zwingende juristische Gründe ihre Anwendung verbieten.

Insbesondere lassen die oben erwähnten rechtlichen und praktischen Schwierigkeiten, die sich aus der entgegengesetzten Rechtsauffassung ergeben, den Wunsch gerechtfertigt erscheinen, daß das Reichsgericht erneut zu dieser Frage Stellung nehme und dadurch gleichzeitig die dringend erwünschte Klärung der für die Grundschuld geltenden Rechtsnormen bewirke. —

IV. Teil.

Die Rechtslage bei Annahme der analogen Anwendbarkeit des § 1163 Absatz 1 Satz 1 BGB. auf die Grundschuld.

Zum Schluß soll die Rechtslage bei Zugrundlegung der hier vertretenen Ansicht, daß eine Eigentümergrundschuld entsteht, wenn die ihr zugrundeliegende Forderung nicht valutiert ist, für die in Betracht kommenden Fälle kurz erörtert werden.

Nach der Eintragung der Grundschuld ist von dem Augenblick an, indem die Valutierung nicht mehr in Frage kommt, das Grundbuch unrichtig, sodaß der Eigentümer einen Berichtigungsanspruch gegen den Gläubiger hat. Er kann die Grundschuld auf seinen Namen eintragen lassen, wozu er der Zustimmung des Gläubigers in der von der Reichsgrundbuchordnung vorgeschriebenen Form bedarf. Selbstverständlich kann er auch die Grundschuld löschen lassen oder über diese weiter verfügen, sie insbesondere an Dritte abtreten, wobei streitig ist, ob es seiner vorherigen Eintragung als Berechtigten bedarf (§ 40 GBO.). Richtig ist, daß ein materiellrechtliches Erfordernis in dieser Beziehung nicht besteht, da sich ja der Übergang der Grundschuld auf den Eigentümer kraft Gesetzes vollzieht. Es kann sich nur um ein formellrechtliches Erfordernis handeln[1]) (§ 40 GBO.).

---

[1]) Vergl. über die verschiedenen Ansichten insbesondere Hoffmann i/Zentralblatt für freiw. Gerichtsbarkeit Bd. 2 S. 637 f., insbesondere S. 936 f. — Turnau-Förster, in Bemerkung II zu § 177. — Vergl. auch RG. Entscheidungen, Bd. 61, Seite 319.

Die genügende Klarstellung des wirklichen Rechtsstandes wird die vorherige Eintragung der Eigentümergrundschuld selbst erforderlich machen, bevor der Eigentümer über die entstandene Eigentümergrundschuld zu verfügen in der Lage ist. —

Durch den Wechsel des Eigentümers erleidet die Rechtslage keine Veränderung. Der ursprüngliche Eigentümer behält seinen Berichtigungsanspruch gegen den Gläubiger, es sei denn, daß er dem Erwerber des Grundstücks diesen Berichtigungsanspruch ausdrücklich abgetreten hat, was zur Folge gehabt haben wird, daß die nicht valutierte Grundschuld auf den Kaufpreis nicht in Anrechnung gebracht worden ist. Hat dagegen der Gläubiger vor der Berichtigung des Grundbuchs die Grundschuld abgetreten, so kann der Eigentümer (der Besteller der Grundschuld) in diesem Falle die Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs von dem Zessionar nur dann verlangen, wenn bereits ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs eingetragen oder dem Zessionar die Unrichtigkeit des Buchs bekannt war. Gegen den Zedenten hat er dagegen einen Anspruch aus § 816 BGB. und evtl. einen Schadensersatzanspruch aus den §§ 823, 826 BGB. Vor der Durchführung des Berichtigungsanspruches kann der Besteller der Grundschuld durch einstweilige Verfügung einen Widerspruch in das Grundbuch eintragen lassen. Gegenüber der Klage des Gläubigers greift der Einwand der Unrichtigkeit des Grundbuchs durch. Klagt dagegen der Zessionar, so kann er auch diesem gegenüber denselben Einwand mit Erfolg erheben, wenn zur Zeit der Abtretung ein Widerspruch in das Grundbuch eingetragen war, oder wenn die Tatsache der Nichtvalutierung der Grundschuld dem Gläubiger bekannt war. Denn bei dieser Auffassung steht die Anwendbarkeit des § 1157 BGB. auf die Grundschuld für diesen Fall außer Frage.

Wird die Zwangsversteigerung des Grundstücks auf Antrag eines dem Grundschuldgläubiger nachstehenden, dinglich Berechtigten angeordnet, sodaß die Grundschuld in das geringste Gebot fällt, so wird auch hier die Tatsache ihrer Nichtvalutierung zunächst nicht berücksichtigt, solange das Grundbuch nicht berichtigt ist. Erklärt der Gläubiger schon bei der Feststellung des geringsten Gebots, daß die Grundschuld ganz oder nur zu einem Teilbetrag nicht valutiert sei, so muß diese Erklärung gemäß § 45 des Zwangsversteigerungs-

gesetzes bedeutungslos bleiben, weil für die Feststellung des geringsten Gebots nach dieser Vorschrift der Inhalt des Grundbuchs allein maßgebend ist. Erklärt jedoch der Gläubiger im Verteilungstermin, er liquidiere den auf ihn entfallenden Erlösteil nicht, weil er die Valuta nicht gezahlt habe, so kann in dieser Erklärung ein Verzicht selbstverständlich nicht erblickt werden, da dem Gläubiger ja materiell ein Recht nicht zugestanden hat. Der Gläubiger erklärt vielmehr lediglich, daß der Betrag dem Besteller der Grundschuld gehöre, weil das Grundbuch unrichtig war.

Damit wird die Streitfrage, ob § 1168 BGB. entsprechend anwendbar ist, hinfällig. Der Betrag ist in diesem Fall durch den Teilungsplan lediglich dem Besteller der Grundschuld zuzuweisen. War der Subhastat nicht der Besteller der Grundschuld, so bleibt gleichwohl dieser der Berechtigte, es sei denn, daß der Subhastat nachweist, daß der Besteller der Grundschuld ihm seinen Berichtigungsanspruch abgetreten habe.

Die hier vertretene Rechtsansicht beseitigt mithin alle bei der entgegengesetzten Auffassung entstandenen Schwierigkeiten. Sie verdient den Vorzug, da überzeugende Argumente gegen ihre Richtigkeit nicht beigebracht sind. —